

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء الثامن)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي
زاده أفندي قاضي عسكري رومالي وهي

تكملة لفتح القدير للحقق الكمال بن

الهمام على شرح الهداية

رحمهم الله تعالى آمين

780

وبها مشتمل شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البازي
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى
جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

تنبه) قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر التحقيق ويليها
الثاني مقصود لا ينتمى ما يجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش ويليها الثاني فليعلم

(خل سبعة مكتبة السيد محمد عبد الواحد بن الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسنى بمصر)

الطبعة الأولى

بالطبعة الكبرى الاميرية بمولانا مصر المحمية

سنة ١٣١٨

هجريه

(بالقسم الادنى)

5506

أورد القسمة عقيب
الشفعة لأن كلامهم ما
من نتائج النصيب الشائع
فإن أحد الشرى يكن إذا
أراد الافتراق مع بقاء
ملكه طلب القسمة ومع
عدمه باع ووجب عنده
الشفعة وقدم الشفعة لأن
بقاها كان على ما كان
أصل وهي في اللغة اسم
للاقسام كالقدوة للاقتداء
وفي الشريعة جمع النصيب
الشائع في مكان معين
وسبها طلباً أحد الشرى
الاتفاق بنصيبه على
الخلوص وركن ما يحصل
به الافتراق والتميز بين
النصيبين كالكيل في
المكبات والوزن في
الموزونات والذرع في
المذروعات والعدي في
المعدودات وشرطها أن
لا تفوت منفعة بالقسمة
ولهذا لا يقسم الخائط والحام
ونحوهما وهي مشروعة
في الأعيان المشتركة لأن
النبي عليه الصلاة والسلام
بأشرفها في المغام والموارث
وغير ذلك وجرى التوارث
بها من غير تكبير ثم هي
لا تعرى عن معنى المبادلة
سواء كانت في ذوات الامثال
أو في غير ذوات الامثال لأن
ما يجتمع لأحدهما بقضه
كانه

ومن تركن على الله
يوجب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي عليه السلام بأشرفها في المغام والموارث وجرى
التوارث بها من غير تكبير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بقضه كانه

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلامهم ما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة
الشركة فأحد الشرى يكن إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه بقاء باع فوج
عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة
نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنبي يفتضى سبق الشوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة
المضادة والمتضادان يفترقان أبداً مع تقدم الميث على المنق كافي الأمر والنهي والنكاح والطلاق انتهى
أقول فيه بحث لأن كون القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة إنما يقتضى على أصل الشافعي فإنه لم
يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمة فلا لأنهم يجوزوا الشفعة
بالجوار أيضاً واستدلوا عليه بالحديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بأن آخر الحديث

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لأن بقاء
ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خير بان في القسمة أيضاً بقاء الملك

وبعنه لصاحبه فهو بأخذ
عروضه ما بقي من حقه في
نصيب صاحبه فهل هذا
كانت القسمة مبادلة وافراز
والمعنى من الافراز هو أن
يقبضه بعين حقه والافراز
هو الظاهر في الكميات
والموزونات فكان كل
ما أخذ أحدهما من نصيبه
مثل ما ترك عليه يبين
فأخذ مثل الحق يبين منزلة
أخذ العين ألا ترى أن
أخذ المثل في القرض جعل
كاخذ العين فجعل القرض
بذلك بمنزلة العارية فكان
الافراز فيها أظهر لا بمالة
ولهذا كان لأحدهما أن
يأخذ نصيبه حال غيبة
صاحبه ولو اشتراه واقتسماه
جاء لأحدهما أن يبيع
نصيبه من الحجة بنصف الثمن
ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض
للتفاوت حتى لا يكون
لأحدهما أخذ نصيبه عند
غيبة الآخر ولو اشتراه
فاقتسماه لا يبيع أحدهما
نصيبه من الحجة بعد القسمة
وتحقيقه أن ما يأخذ كل
واحد منهما ليس بمثل لما ترك
على صاحبه يبين فلم يكن
بمنزلة أخذ العين حكما ولما
استشعر أن يقال لو كان
معنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض
لما أجبر الآبي على القسمة
في ذلك

وبعنه كان لصاحبه فهو بأخذ عروضه ما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافراز
والافراز هو الظاهر في الكميات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه
من غيبة صاحبه ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من الحجة بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر
ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من الحجة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرف الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعندها في الشفعة بسبب
القسمة الخاصة بوقوع الحدود وصرف الطرق فإن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضوع موضع
أن يشكّل أنه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الله سبحانه والسلام عدم ثبوت الشفعة به ما وقد
من الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في
عامّة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فغامعني بناء وجه المناسبة به هنا على ما هو المزيف هناك
ثم إن القول بأن النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرّر في المعذولات من أن السلب لا يقتضي وجود
الموضوع وإن القول بأن المتضادين يسترقان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى إلى قوله
تعالى وجه الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحن خالق ذلك كيف تقدم المنفي هناك على
المثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره وهو
أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوخ على حاله وإن زال ملك أحد
الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على
حاله وإن زال الشيوخ بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن
أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة
فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم إن القسمة في اللغة اسم للاقتسام
كالقسمة للاقتداء والأسوة لا تنسأ وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسبب طلب
أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركن الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين
الكيل في الكميات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعقد في المعدودات وشرطها
أن لا تقرّر المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه
فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من الحجة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس
بمثل لما ترك على صاحبه يبين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو
أنه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع
الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لأنه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على
انصيبين فما يأخذ كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه
فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان
ملكه افراز أو بالنظر إلى البعض الآخر مبادلة وإذا كان الامر كذلك فمكون معنى المبادلة هو الظاهر
في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذا غاب الامر أن البعض الذي يأخذ كل واحد
منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بقاء ما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات
الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض ولا
يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذ هذا
البعض افراز لا بتصوريه بمبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر إلى ما يأخذ كل واحد منهما

الآنم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز بدون المبادلة وذا نظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن ثبت ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما
في ذوات الامثال كالتكديلات والمرزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما
فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين
حقه ليكون نصيب صاحبه فيه امثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كفا في الفرض
فتحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى
الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهري في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سياتي فيه لكان
الامر هيئنا وما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذ كر صاحب النهاية
وجها أبسط مما ذكر في العناية اظهروا معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى
المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني وأما القسمة في غير
ذوات الامثال فشبها المبادلة فيما راجح لانهم افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه
أما الحقيقة وظاهر وأما الحكم فلا تنصف ما يأخذه كل واحد منهما مما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار
القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افراز إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ما ليس بمثل لما ترك على
صاحبه بيقين لان المفسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين
فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة فلهذا كلامه أقول لا يذهب عليك
ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لأنه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه
كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لاعلى تحقيق رجحان ذلك
في المفسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما مما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز محض لان معنى
الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما ما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمذمعي رجحان
المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المفسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذا شئت أن أخذ كل واحد منهما ما عين حقه من نصيب
نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما ما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق
نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان
معنى الافراز في ذلك ظاهرا رجحا لتحقيقه في جميع أجزاء المفسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته
(قوله الآنم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان
والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الابي على القسمة في غير ذوات
الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أريد بقوله لان فيه معنى الافراز أن فيه
معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي دفع السؤال اذ
بقي الكلام حيث تدق الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على
ما قالوا ان أريد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان اصاحبه ويأخذه عوضا عما
ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو المسأل لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان
معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي
يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

اجاب بقوله الآنم اذا كانت
من جنس واحد أجبر
القاضي على القسمة عند
طلب أحد الشركاء لان
فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد ولا منافاة بين
الخير

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة بآل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليه اجاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم بقطع المنازعة فاشبهه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم نعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم قال (فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدراجر مثله كي لا يتهكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهر جدا فاني تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سائلا عن هذا الاشكال وكان مناسب الاحتمال لقوله لتعذر المعادلة في تعديل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتي تبصر تفت (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها تجري فيه الجبر كافي قضاء الدين فان المدينون يجبر على قضاء الدين والدين تقضى بأمثالها على ما عرف فصار ما يؤدي المدينون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن يقول جري الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذ الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المدينون بهقين وقد دبر حوايا أن أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذ أحد الشر كاه فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدور واحتج الى الجواب الذي نحن بصدد فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليه اجاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك اجاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتيجارة والتراضى في التجارة شرط بالتجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشر غير مطابق للشروح وليس بتمام في نفسه لانه ان أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتيجارة فهو ممنوع كيف وقد قرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها وان أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط فيه ما على أن كون التراضى شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالآخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لم يراضوا عليها اجاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخراته تعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر ففحت القسمة بالارب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر أنفا ولان منفعة نصب القاسم نعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم فتأمل في التوفيق

فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدوا فدا فلان يجوز بلا قصد اليه أول وهذا لان أحدهم يطلب القسمة بآل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخصوص دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الا على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك اجاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتيجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما) كلامه واضح الامتناع عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال لا يعمل بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد التهمة اخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول فيه

بحث (قوله لا يعمل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يعمل لانه

و يجوز لنا في أن ينقسم بنفسه و يأخذ على ذلك من المتقنين أن لا يأخذوه هذا لأن القسمة ليست بقضاء على
الحيثية حتى لا يفترض على القاضي مباشرة أو أمنا الذي يفترض عليه جبراً لا يبي على القسمة إلا أن لها شبه بالقضاء من حيث أنها
تستغنى ولا ية القضاء فإن الاجنبى لا يتسدر على الجبر فمن حيث أنهم ليست بقضاء جازاً أخذ الاجر عليها ومن حيث أنها تشبه القضاء
يجب أن لا يأخذ وقوله (عدلاً أمونا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها الجواز أن يكون غير ظاهراً الأمانة (قوله
وإلا لمحووا أنفسهما) يعنى لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتسموا بينهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة
فتثبت التراضي كافي سائر المعاضات وقوله (كجبرة الكيل والوزن وحفر البئر المشتركة) يعنى إذا استأجروا الكيل ليقتل
الكيل فبالجبر مشترك بينهم (٣٦) فالجبرة على قدر الانصباء وكذلك الوزن والحافر (وقوله إن الاجر

(ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القسمة
وهى بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو الأمانة (ولا يجبر القاضي التماس على قاسم واحد) معناه
لا يجبرهم على أن يستأجروا لأنه لا جبر على العفو ولا لوتعيب الحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو
اصطلموا فاقسموا جازاً إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي) لأنه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك
القسام يشتركون) كى لا تصير الجبرة غالبية تبوا كلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الموت
فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أى خيفة وقال على قدر الانصباء) لأنه
مؤنة الملك فيقتدر بقدره كجبرة الكيل والوزن وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا ي
خيفة أن الاجر مقابل بالتميز وأنه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد يتعكس
الأمر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو
يتفاوت والكيل والوزن إن كان لقسمة قبل هو على الخلاف وإن لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بمثل
الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفسه
ومضرة الممتنع

مقابل بالتميز ولأنه
لا يتفاوت) تحقيقه أن
القسام لا يستحق الاجر
بالمساحة ومذا الطناب
والمشى على الحدود لأنه
لواستعانة في ذلك بآبار
الماء استوجب كمال الاجر
إذا قسم بنفسه فدل على
أن الاجرة في مقابلة القسمة
وربما يصعب الحساب
بالنظر إلى القليل لأن
الحساب يبدق بتفاوت
الانصباء ويزداد دقة بؤلة
الانصباء فلعل يميز نصيب
صاحب القليل أشق ويجوز
أن يعسر عليه تمييز نصيب
صاحب الكثير لكسور
وقعت فيه فتعذر اعتبار
الكثرة والقلة فيتعلق
الحكم بأصل التمييز بخلاف
حفر البئر لأن الاجر مقابل
بنقل التراب وهو يتفاوت
وقوله (وإن لم يكن للقسمة)
بأن اشترى مكيلاً أو موزوناً
وأحرى أن يابى كيله ليصير
الكل معلوم القدر (فالأجر

(قوله ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الأمانة بعد العدالة وإن
كانت من لوازمها الجواز أن يكون غير ظاهراً الأمانة انتهى واقفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب
العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فإن صاحب الوقاية لما أكتفى
بقوله ويجب كونه عدلاً عالمياً قال ذلك البعض لم يقل عدلاً أمونا عالمياً كما وقع في الهداية لأن
الأمانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهراً الأمانة كما وقع في الكفاية ليس
بشام لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كالأبغنى أه أقول المذكور في الهداية نفس العدالة
لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضى استدراك ذكر الأمانة المراد منها ظهورها فإن
قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة
بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة بخلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون
القرينة وأما ارادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فيقر بنة تقدم ذكر العدالة
المستلزمة لنفس الأمانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهراً العدالة بدل قوله عدلاً لحصل الغنى عن ذكر
الأمانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه التباينة الواقعة في الكتاب لأن مجال أفادة المعنى المقصود ههنا

بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعنى لو أطلق أبو خنيفة رخصة الله في الجواب وقال آجرة
الكيل بقدر عدله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لأن عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر
بتدرا على بخلاف القسام فإنه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيد وبيان وقوله (وعنه) أى عن أبى حنيفة (إن الاجر كانه
على الطالب دون الممتنع لنفسه ومضرة الممتنع)

(قال المصنف والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو نوع على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم بأصل التمييز (قال المصنف
وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب لتعليق المذكور لأن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع
المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليست أملاً ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقار أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لثمة في دعواه أو لما نزاع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمحقق لان البسبب دليل الملك والقرار أماراة الصديق والقرض عدم المنازاع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البينة ليس بالازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر شهما فلا تنفذ الا أنه يد كرفي كتاب القسمة أي في الصلح الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولا إلى

حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه قبل القسمة بمقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة نفذ وصياه فيها ونقض ديونه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيها بدرا لثالث كانه أوصى بها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصي له فدل أن التركة مقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينهم اقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قوله ما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعى عليه فان قيل كل منهم مقرر بدعوى صاحبه والمقرر لا يصلح خصما للمدعى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) له ما أن البسبب دليل الملك والقرار أماراة الصديق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بيعة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يد كرفي كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا تعدد ادعاهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه بمقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصياه فيها ونقض ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالأقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقرر بالدين

بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقرر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا آخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجتهدون بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكله شيء ولا جوابه أما الاول فلان القاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيله لا مقصودهم فترفع الجهة التي تعينه وعن هذا قال في الذخير في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعى أو لا آخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوها لان يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعى أو مدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تنوهم الجهة التي تنفذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم مدعى على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فبلا عن أن يعلموا مثل هذه الدققة المعبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضى الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

عليه آجاب بقوله ولا يمنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره بل وان اجتمع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقرر بالدين (قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول سيجي المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد له قضاء من حجة (قال المصنف فالأقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا آخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجتهدون بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم

فإنما يقتضى عليه ما بالينة بدون الميت وان كانا مفرين بها وهذا الان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه
ربما يكون الميت غيرهم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت
ويلازم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قوله ما كافي المنقول الموروث وهو على وجهين
والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة
(٨) أحدهما قوله لان في القسمة نظر الخ

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ أما العقار
فمحض بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري
لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك
ولم يرد كروا كيف انتقل اليهم قسمة بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما قرؤا بالملك
الغيرهم قال رضى الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير ارض ادعاهار جلان واقاما
البينة أنها في أيديهم ما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقبى البينة أنها الهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما قيل
هو قول أبي حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسمها (قوله وفي الجامع الصغير
أرض ادعاهار جلان واقاما البينة أنها في أيديهم ما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقبى البينة أنها الهما
لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقبى
البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم ما ملكا لغيرهما فانهم ما لم يرد كروا السبب احتمل أن
يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك
في يدهما ملكهما فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سلمية ان قوله لان الاصل أن تكون
الاملاك في يدهما ملكهما لغيرهم فبذلك بل هو محمل بالمقام لان ذلك الاصل أعني كون الاملاك في يدهما ملكهما
يرجح كون ما في أيديهم ما ملكا لهما ما فينبغي أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسألة الجامع
الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وانما
يحتاج اليها في بيان وجهه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعتراض بعض الفضلاء على قول
صاحب العناية فانهم ما لم يرد كروا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل
المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له وبه يظهر وجه التوفيق
بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون
ملكا لهما أصلا لا غير فهو نوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له غير تام فان عدم التعرض لشيء
لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي في تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك الهما احتمال أصلا لما جاز استماع
البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب
العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا
ثم ان هذا كله على تقدير استمداد قول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما ملكهما
لا خلافه بالفرق بين الروايتين كما بينا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما
فعله صاحب العناية فيسقط جهل ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت
أيديهم ما على أن ما في ملكا لهما ويكون سبب عدم قسمة ما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلاله ذلك

وفي القسمة جعله مضمونا
وفي ذلك نظر لما يتخالف
العقار عند أبي حنيفة
رحمه الله فانه لا يصبر
مضمونا على من وقع في يده
عنده (وبخلاف المشتري)
بحواب عن توليها والعقار
المشتري على ظاهر الرواية
فقد روي عن أبي حنيفة
في غير الاصول أن التامني
لا يقسمه بينهم وسوى بين
الشراء والميراث وجهه
الظاهر ما ذكره في الكتاب
أن المبيع بعد العقد
لا يبقى على ملك البائع
وان لم يقسم فلم تكن
القسمة قضاء على الغير
(قوله وان ادعوا الملك)
هذا هو القسم الثالث
المورد ومعناه ظاهر قال
المصنف رحمه الله (هذه)
يعني القسمة فيما بينهم
من غير اقامة البينة (رواية
كتاب القسمة) وأعاد لفظ
الجامع الصغير لانه يفيد
أنه لا يقسم حتى يقبى البينة
على الملك لاحتمال أن
يكون ما في أيديهم ما ملكا
الغيرهما فانهم ما لم يرد كروا
السبب احتمل أن يكون

ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما ملكهما
فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهم لانهم ما يقسمان في الميراث بلاينة ففي هذا أولى
(قوله فانهم ما لم يرد كروا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء
كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول
يعني للميت

وأقاموا البينة على الوفاة وعدد الورثة والمدار في أيديهم ومعهم وارث غائب

وينصب للغائب وكبـ

وينصب للغائب وكبلا

رقبض نصيبه) قمل

قوله في أديهم ومعهم

وارث غائب وقع سہو امن

الناسخ والحجيم في أيديهما

لأنها لو كانت في أيديهم

الكان البعض في يد الغائب

ضرورتاً وقد ذکر بعد هذا

في الكتاب وان كان العقار

في يد الوارث الغائب أو شيء

منه لم يقسم وأجيب بأنه

أطلق في الجمع وأراد المثنى

بقريضة قوله وارثان

وأقاموا لکنه ملتبس (وکذا

لو كان مكان الغائب صبي

يقسم وينصب وصايا

يقبض نصيبه لان فيه

نظر الغائب والمسيبي

لظہور نصیب۔ ما بمافیہ

الغیر (ولابد من اقامه

أبينة في هذه الصورة) يعني

فَمَا إِذَا كَانَ مَعَهُ مَا صَبِي

عند آی حنیفه رحمہ اللہ

کجا ادا کان معهما غائب

(خلافاً لہما کما ذکرنا من

قبل) یرید به قوله لم یقسمها

القاضي عند أبي حنيفة

حتى يقيموا البيئة على موطئ

وعدد ورثته وقال

صاحبہاء بقسمہ اعترافہم

(ولو كانوا مشترين لم يقسم)

مع غيبة أحدهم) وان

صیرمغرو را بشراء المورث)

وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه
ولاملك فامتنع الجواز قال (وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم
ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر بن وينصب وكسلا يقبض نصيب الغائب وكسدا
لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيما يقبض نصيبه) لأن فيه نظر للغائب والصغير ولا بد
من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كذا كرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع
غيبسة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بما العيب فيما اشتراه
المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فأنصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه
فصارت القسمة قضاء بخصرة المتخاصمين أما المالك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع
بائع فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب
أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير)

عليه فتمدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة المالك
تقتصر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان قسمة لحق المالك لتمامه كميل المنفعة وقسمة
لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة المالك وقسمة الملك فتقرر الى
قيام المالك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذلك في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا المقرر
يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق
انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي ايضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف
وشهد أيضا فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهم ما يقولون بجوازها فيه بمجرد ادعائهم
ثم أقول بجواز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حصل عليه صاحب العناية من أنه
لاملك بدون البينة لا تنقاضه بصورة ادعائهم - مراد الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم - مراد الارث أيضا على
قوله - ما كان ثبت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواه - ما أي لم يدعي المالك ولم
يتمعر ضاله أصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا أنهم في أيديهم ما أو أقاما البينة عليه بخلاف ما مر
من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح المالك فافترقنا فينبذ لان تنقاض بالصورتين
المذكورتين لانهم ادعوا فيه - ما سبب الملك من الارث أو الشراء - يؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث
قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعي المالك ابتداء
وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعي اليد ابتداء وبيانه أنهم لما ادعي المالك ابتداء واليد بانه ومن
في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينزعه غيره اذ الاصل أن الاملاك في يد المالك فاعتبر هذا الظاهر وان
احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دلائل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعي اليد وأعرضا
عن ذكر المالك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قوله - ما لانهم ما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار
لا تكون الا بالملك فلما استكثروا عنه دل على أن الملك ايسر اهما فاقترأ كذلك الاحتمال السابق فلا يقبل
قولهم ابعد ذلك الا باقامة البينة ايزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون الغير - ما الى

(٣ - تكملة ثامن) أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهم ما هو واضح (قوله ويصير مغروراً بشراء المورث)

صورته اشترى المورث جارية ومات واستولد لها الوارث فما استحققت يكون الولد احبا للقيمة و يرجع الوارث به اعلى البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز) أقول هما بقولان البعد دليل الملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن البعد لا يصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله أكنه ملتبس) أقول أكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيعة وعندها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البيعة وقوله (أو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحاضر حتى تقوم البيعة على أصل الميراث لأن في هذه القضية قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيعة لأنه لا بد من حصه وخصم من لأن الواحد لا يصلح خصما ومخاصما) فالخاضع إن كان خصما عن نفسه فلا يسقط عنه خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنه ما لمائة من يخاصم عن نفسه ليعقيم البيعة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين والباقي ظاهرا

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهم ﴾ (١٠)

فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فإن كان الاول قسم القاضي يطلب أحدهم جبرا على من أبي (لأن التسمية حقا لم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما ينه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل

لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنه ما أو أمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيعة وعدمها والصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيعة) لأنه لا بد من حصه وخصم من لأن الواحد لا يصلح خصما ومخاصما بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين على ما ينه (ولو كان الحاضر كبير أو صغير أنصب القاضي عن الصغير وصبا وقسم إذا أقيمت البيعة وكذا إذا حضر وارث كبير ووصي له بالثلث فيها أو طلبا للقسمة وأقاما البيعة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والوصي له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حاضر بنفسه بعد البلوغ انما مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم يطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما ينه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الاول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني ممتنع في طلبه فلم يعتبر ذكر الحصص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه

هنا كلامه فبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنه ما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنه ما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصه الغائب أو الصغير من الميراث في با أحدهما وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصه ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يمتشي فيها لالتعليل ألا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صور الانفصال ويحتمل أن يكون هذا هو السرف في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فإن هذا التعليل في وضعها من زيادة صاحب الهداية كإنص عليه في غاية البيان فتأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها

فصل ﴿ فيما يقسم وما لا يقسم (قوله وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبار مساحمة والظاهر أن يقول وهو أن يقسم بطالب القليل وأما صاحب الكثير ولا يقسم بطالب الكثير وأما صاحب القليل

(والاصح هو المذکور فی الكتاب) أى القدورى (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضى وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب السليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما ما يتناصرا (يستفصر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفريقها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعنى به يجبر على ذلك لان فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحادهما يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة ولا يقسم الجنس بين بعضهما فى بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى) وقوله (ويقسم القاضى كل مكمل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبغيرا) يعنى لا يقسم جبرا فى هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة ونصيب الآخر فى البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك فى البعير وغيره والا وانى المتخذة (١١) من أصل واحد كالاجانة والقسم

والطشت المتخذة من صفر ملهقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضى جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كاقباء والحببة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اطلاق جزء فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما ما بينا) يعنى ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس

والاصح المذکور فى الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفريقها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما فى بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى (ويقسم كل مكمل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبرالذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبغيرا وبرذونا وجرارا ولا يقسم الا وانى) لانها باختلاف الصنعة اتحدت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع (ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بنوبين أو ثوب وربيع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

فى فصل على حدة (قوله والاصح المذکور فى الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضى وايصاله الى منفعة ملهقة وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا فى العناية ومعراج الدرابة وهو المذکور فى الذخيرة وزاد عليه فى النهاية والكمابة أن يقال الا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا ينفع بنصيبه بعد القسمة وطلب جميعا القسمة لم يقسمها القاضى بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سبأنى فى الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضى يقسمها عند تراضى الشرىكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعان التدافع بين أصل ما ذكرنا فى وجهه أحقية المذکور فى الكتاب أولا وبين

والدراهم لم تكن مشتركة فقد علمنا القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين) يعنى اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضى بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والاخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا ورابع ثوب والاخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه يتسرع عليه التمييز فى بعض المشترك ولو تسر ذلك فى الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك فى البعض ومائة معاوضة تحتاج الى التراضى

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول مخالف لما فى شرح الكنترازى بله (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعنى به يجبر على ذلك لان فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ) أقول قوله لان فى حق التراضى ايجز تعديل لقوله يعنى به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يتخلف لهما أن
 يذهب الرقيق مع من آخر لا يقع فيه القسمة سيرا كالغنم والثيران ولا يكون فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعا على الأظهر أما
 عند هذه الظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة سيرا ويجعل الرقيق تابعه في القسمة وقد ثبت الحكم
 لشيء بما وان لم يثبت فصددا كالتسرب في البيع والمتبولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا وأنا لا يقسم إلا برضاهما
 وإن كانوا ذكورا وأنا لا يقسم إلا برضاهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على
 التسمية لأنهما الجاهل بالجنس كقوله بل والغنم ورقيق الغنم ولا يخيصة أن التفاوت في الأذى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذين
 والكباش لأن من العبيد من يصلح للمائة ومنهم من يصلح لتجارة ومنهم من يصلح للقروسية وغير ذلك حتى يجمع نصيب كل واحد
 منهم في واحد فانه سائر (١٢)

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقال لا يقسم الرقيق) لاختلاف الجنس كقوله
 الأبل والغنم ورقيق الغنم وله أن التفاوت في الأذى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس
 يختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى
 من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لأن حق الغنمين في المالبسة
 حتى كان للإمام بيعها وقسمتها عنهما وهما يتعلق بالعين والمالبسة جميعا فافترقا وأما الجواهر فقد قيل إذا
 اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ والياقوت وقيل لا يقسم البكر منها لكثرة التفاوت ويقسم
 الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أشخس من جهالة الرقيق
 ألا ترى أنه لو تزوج على أولوة أو ياقوتة أو خالغ عليها لاتصح التسمية ويصح ذلك على عبد فإولى أن
 لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا برضا الشريكة وكذا الحائض بين الدارين)
 لأنهم اشتمل على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب منتفع به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي
 بخلاف التراضي لما بيننا قال

التفاوت فيها يقل عند
 اتحاد الجنس ألا ترى أن
 الذكر والأنثى من بني
 آدم جنسان ومن سائر
 الحيوانات جنس واحد
 (بخلاف المغنم) جواب
 عن قوله هما ورقيق
 الغنم وذلك (لأن حق
 الغنمين في المالبسة حتى
 كان للإمام بيعها وقسمتها
 عنها وهما يتعلق بالعين
 والمالبسة فافترقا) فمن قيل
 لو تزوج أو خالغ على
 عبد صح فصار كسائر
 الحيوانات فليكن في
 القسمة كذلك أوجب
 بأن القسمة تحتاج إلى
 الإفراز ولا يتحقق في
 القسمة بخلاف ما ذكرتم
 فانه لا يحتاج إليه (قوله
 وأما الجواهر الخ) واضح
 قال (ولا يقسم حمام

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله
 ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا برضا الشريكة) قال صاحب العناية والأصل في هذا أن الجبر في القسمة
 إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاعا ذلك الجنس
 وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما ما أولا أحدهما فلا يقسم إلا برضا الشريكة انتهى أقول تقرير الأصل
 بهذا الوجه ليس بسديد إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشريكة ينتفع بنصيبه والآخر يستضر
 بنصيبه لقلته فإن القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور وفي الكتاب
 وطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الجصاص وطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم
 الشهيد وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بذلك المسئلة كما لا يخفى
 على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن
 يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشريكتين ويجعل ذلك مدارا لعدم الجبر

ولا بئر ولا ربح) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون
 عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاعا ذلك الجنس وفي قسمة البئر والحمام والربح ضرر لهما
 أولا أحدهما فلا يقسم إلا برضا الشريكة ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متفلا لكن لو اقسما لم يمنعهما
 عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمهما
 إلا برضايهما

(قوله أولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير
 فليتأمل (قوله وقوله لما بيننا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى
 قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل

(قوله وإذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا للتقارب في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقة فبعضها بعض قسمت قسمة واحدة والافلاسواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التناوت فيها دون التفاوت في الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فاشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر الفاضل الى أعدل الوجوه فيبقى القسمة على ذلك وقوله (على ما مر) يعنى في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة (١٣٩) أو دار وحائوت الخ) واضح الاما نذكر

انما خص الخصاص بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوى ولا الكسرى رحمه الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحائوت) أى بمنافع الحائوت لانه لو جعل نفس الحائوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الرابها نالك) أى في اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعنى ان كانت منافع الدار ومنافع الحائوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الرابها نالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحائوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندها كما تقدم

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة) أى خيفة وقالان كان الاصل لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الافرحة المتفرقة المشتركة اهما انهما جنس واحد اسما وصورة ونظر الى أصل السكنى أجناس معنى نظر الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفرض الترجيح الى الفاضل وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والخيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا التزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضى الله عنه تقيد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدار والبيت على ما مر من قبل فأخذشهما من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضى الله عنه جعل الدار والحائوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا تجوز وهذا يدل على أنهم ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الرابها نالك على شبهة المجانسة

في القسمة (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحائوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا تجوز وهذا يدل على أنهم ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الرابها نالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثانى صاحب الكافي حيث قال وقبلهما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الأئمة الحلوانى اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الرابها نالك اذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة الشبهة والمعتبر

وفي ذلك شبهة الرابها نالك اذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة النابتة لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهى السكنى فتتبع الاجارة شبهة الرابها

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا فى الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعنى فى جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة النابتة بها) أقول يعنى انهم ما متحدوا بالجنس نظر الى أصل السكنى فبنى حرمة الرابها عليه ومختلفا بالجنس نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل

فصل في كيفية القسمة ¶ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا او فلانا نصيبه كذا (١٤)

فصل في كيفية القسمة ¶ قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقسوم البناء) لما جتبه اليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون انصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاقب) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أو لافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصبا حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسدسا الساكن القسمة وقد شربناه مشبعافي كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب و يفرز كل نصيب بطريقه وشربه ثمان الافضل فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما ذكره تفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون المارل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويعكس أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتينا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبني حرمة الربا مال على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الادار والخاصة في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فافتنا قضان والمصنف قصد التوفيق بذلك ففسأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بخلاف اذا التشبيه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظر الى أصل السكنى فتبني حرمة الربا عليه ومختلفاه نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فلم نأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد بهما أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبه الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيقول بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظر الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك خالف أباحنية صاحبه هناك فقالا ان كان الاصل لهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا وافق الامامان أباحنية ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانفا فهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما مدار وضيعة أو دار وحاقوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلافا في الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة ¶ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما

الى القاسم ليتولى الاقرار بينهم بنفسه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقسوم البناء) لما جتبه اليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون انصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاقب) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أو لافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصبا حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسدسا الساكن القسمة وقد شربناه مشبعافي كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب و يفرز كل نصيب بطريقه وشربه ثمان الافضل فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما ذكره تفصيله ان شاء الله تعالى

والقرعة

فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

فصل في كيفية القسمة (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصويرو ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطبيب القلوب) جواب الاستحسان والقياس بأبدا لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم تجز
 علما وإنما استعملها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين الماطقة ولكن تركها ما عنيها بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه
 فليس كذلك لأن الناس لم يوافقوا في التسمية فخذت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما لأنهم في ذلك فيستعمل
 القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار
 في ذم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بهما أن يكون خالته اعنده تطيبا القلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة
 في أيديهم عقار طلبة واقسمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل ذراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم
 في القسمة وإن تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولا يفتوت التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل
 إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها وليس بين ما يصل إليه لرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار إليه الا عند
 الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما إذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار
 بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها (١٥) الأصل في المسوحات ثم رد من وقع البناء
 في نصيبه أو من كان نصيبه

أجود دراهم على الآخر
 حتى يساويه فتدخل
 الدراهم في القسمة ضرورة
 كالاخ لا ولا يله في المال ثم
 تلك تسمية الصداق ضرورة
 التزويج ومحمد رحمه الله
 إلى أنه يرد على شريكه
 بمقابلته البناء ما يساويه
 من العرصه فان لم تقف
 العرصه بقيمة البناء
 فحينئذ يرد الفضل دراهم
 لأن الضرورة تخفف
 في هذا القدر فلا يترك
 الأصل الا لها وهذا يوافق
 رواية الأصل لانه قال فيه
 يقسم الدار مزارعة

والقرعة لتطبيب القلوب واذا حتمته الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى
 القضاء فمالك الأثرام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم
 والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفتوت التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم
 الآخر في ذمته وامهلا لا تسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار
 القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو
 الأصل في المسوحات ثم رد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى
 يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولا يله في المال ثم تلك تسمية الصداق ضرورة
 التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق
 التسوية بأن كان لآتي العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك
 الأصل الا لها وهذا يوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم ولا حدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق
 لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه
 أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لأن الكيفية صفة تتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطبيب القلوب
 واذا حتمته الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس بأبدا لان استعمال القرعة
 تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجز علما وإنما استعملها

فلا يجعل لأحد من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام
 الدار المشتركة بين الشريكين ولا حدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن
 فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو
 الاقرار بالتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق
 وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا المتعلق بملك غيره فلا
 تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع إلى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام)
 أقول الظاهر أن يقال ألا يرى إلى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول نعم ليس لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض
 الشروح) أقول يعني الاتقاني في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى
 القسمة إلى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بأن متعلق بقوله تحقيق وقوله
 بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريع نوع تأمل

(وان لم يمكن) فلما أن يشترط ذلك في القسمة أو لافان كان الثاني (فسخت القسمة لانها محتلة لمافيه من الضرر وبقاء الاختلاط فقسأنف
وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع داراً وأرضاً ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسديل الماء ولم تذكر الحقوق فانه لا يفسد لان
المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذرا الانتفاع في الحال) كمالاً واشترى بحشاً صغيراً (وأما القسمة فانها التكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا
بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل
وفيهامعنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقر به أن في القسمة تكميلاً وافراراً
والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل (١٦) وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي

(وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط فقسأنف بخلاف البيع حيث
لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذرا الانتفاع في الحال أما القسمة
لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة
الافراز والتميز وتتمام ذلك بأن لا يبق لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصاريه بخلاف البيع اذ ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه
ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك
غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند
التنصيص باعتباره وفيهامعنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير
تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
الا بدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة
ان كان يستقيم لكل واحد طريق فيفتح في نصيبه قسم الحساكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق
الافراز الكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) لتحقيق تكميل المنفعة فيما وراء
الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تدفع به (والطريق
على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق
بينهما أثلاً ناجاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

الافراز فقلنا تدخل عند
التنصيص ولا تدخل عند
عدمه اعمالاً للوجهين
بقدر الامكان بخلاف
الاجارة حيث تدخل فيها
بدون التنصيص لان كل
المقصود الانتفاع وهو
لا يحصل الا بدخال الشرب
والطريق فيدخل من غير
ذكر (ولو اختلف الشركاء في
رفع الطريق بينهم عن
اقسمة) وقال بعضهم لاندع
طريقاً مشتركاً كميناً بل
نقسم الكل وقال بعضهم
يسل ندع بنظر القاضي في
حالهم ان كان يستقيم لكل
واحد طريق فيفتح في
نصيبه قسم الحساكم بصرف
يترك للجماعة لتحقيق الافراز
بالكلية دونه) أي دون رفع
الطريق (وان كان لا يستقيم
رفع طريقا بين جماعتهم
ليحقق تكميل المنفعة
فما وراء الطريق ولو اختلفوا
في مقداره) أي في سعة
الطريق وضيقه وطوله
فقال بعضهم تجعل سعة

في دعوى السب ودعوى المالك وتعيين العتق أو المطلقة وليكن أكثر كما اقيس ههنا بالسنة والتعامل
الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكثير منكر وليس هذا في معنى
القرار لا أصل الاستحقاق في القرار يتعلق بما يستعمل فيه وقين نحن فيه لا يتعلق بأصل الاستحقاق
بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان
مستقيماً الا أنه بما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لطيب قلوب الشركاء وفي تهيئة المسيل عن نفسه
وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله
تعالى فساهاهم فكان من المدحفين وذلك لانه علم أنه هو المقصود وليكن لو ألقى نفسه في الماء بما نسب
الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك ذكر يا عليه السلام استعمل القرعة مع الأجبار في
ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون حالها عند تظييب القلوبهم كما قال الله تعالى اذ
يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر
تظييباً لقلوبهن انتهى كلامهم وعز في النهاية ومعراج الدربة هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

الطريق أكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال
وطوله لان الحاجة تدفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا
أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانبا
على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانبا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من
غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضاً يرفع من الطريق بقدر ما يرفع ثوروا حد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقداره ما يرفع
ثوران معاون كان محتاجاً الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى الجبل فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وباقي كلامه واضح

قال (واذا كان سفلا لا علوا عليه وعلوا لسفلا له وسفلا له علوا قوم كل واحد على حدته وقسم القيمة ولا يعتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه هذا عند حجة روجه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

قال (واذا كان سفلا لا علوا له) صورة المسئلة أن يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لا آخر وسفلا مشتركا بينهما وعلوه لا آخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبان القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلوم مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لأنه الأصل في القسمة في المذروع لكون الشراكة فيه لا في القيمة وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة فإن كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وإن كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب

أول كلامهم هذا آخره تدافع لانهم صرحوا أولا بان مشروعية استعمال القرعة عنهما جواب الامتحان والقياس بأبي ذلك لكونه في معنى الفهار وقلنا آخر ان هذا ليس في معنى الفهار وبنوا الفرق بينه وبين الفهار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على أنه ليس مما أباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فتدفع (قوله وإذا كان سفلا لا علوا له وسفلا له علوا) إلى آخره قال صاحب العناية صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لا آخر وسفلا مشترك بينهما وعلوه لا آخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبان القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلوم مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلوم مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذ لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهم ما كانوا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جع ولئن كانوا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا فهي المأخذ الأصلية أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الأول فلان ذلك التقسيم مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك أن المحلة فوق الدار فإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلا بد أن قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عند قسمة واحدة لبرضا الشركاء سواء كانت متباعدة أو متلازمة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباعدة أو متلازمة لأن التفاوت في معنى السكنى ولهذا أتوا بجزء واحدة في كل محلة والمنازل المتلازمة لأنهم لا يتفاوت المتباعدة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لأن المنزل فوق البيت ودون الدار فألحقنا المنازل بالبيوت إذا كانت متلازمة وبالذراع إذا كانت متباعدة وقال في الفصول كما هي متباعدة إلى العدل الوجه ليمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقا التقارب في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيان في فتاواه حيث قال وإن كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصاين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصاين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد وهذا كله قول أبي حنيفة وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه لا قاضى انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جع بالاجماع متصاين كانا أو منفصلين اه إلى غير ذلك من المعبرات ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق وأما الثاني فلأنه إن أريد بالتراضى في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهم ما على قسمة معينة لم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا

لان السفلى يصلح لما لا يصلح
له العلو من سفيرة البررارة
السرداب والاصطبل
وغيره فلا يشق في التعديل
الا بتسمية ثم اختلاف
الذرة ان في كيفية التسمية
بالذرة وقال أبو حنيفة
ذراع سفلى بذراعين من علو
وتال أبو يوسف ذراع بذراع
واختلاف المشايخ بأن
مبنى هذا الاختلاف
اختلاف عادة أهل العصر
والبلدان في تفضيل السفلى
على العلو أو العكس من
ذلك أو استوائهم ما أو هو
معنى فقهي فقال بعضهم
أجاب كل واحد منهم على عادة
أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من عادة
أهل الكوفة في اختيار
السفلى على العلو وأبو يوسف
بناء على ما شاهد من عادة
أهل بغداد في النسوية بين
العلو والسفلى في منفعة
السكنى ومحمد بن علي ما شاهد
من اختلاف العادات في
البلدان من تفضيل السفلى
مرة والعلو أخرى وقال
بعضهم بل مبادىء معنى
فقهي ووجه قول أبي
حنيفة رحمه الله أن منفعة
السفلى تربو على منفعة العلو
بضعفه لأنها تبقى بعد
فوات العلو دون العكس
(قوله أو هو معنى فقهي)
أقول معطوف على قوله
اختلاف عادة أهل عصر

فمحمد بن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالتسمية وفسايقرون التسمية بالذرة في الأصل لان الشركة في المذرع والى القيمة
فيصار اليه ما أمكن والمرعى النسوية في السكنى لاني المرافق ثم اختلافاً فيما بينهم في كيفية التسمية
بالذرة وتال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهم ما أو تفضيل
السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى
تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

السلامة على الوجه المذكور في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فإنه يجوز القسمة على وفق
تراضيهم ما على شيء معين كمنها كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة
عند أبي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بهم عند ما أيضاً كما صرحوا به
قاطبة وان أراد بتراضي المذكور تراضيهم ما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة
النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم واثن كافي دارين فهو محمول على ما اذا تراضيهم ما على القسمة
ولكن طلبوا من الناذي المعادلة فيما بينهم لم يقد التقييد بذلك شيئاً لأنهم ما عا تراضيهم ما على القسمة
العادلة فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم
امكان التعديل في قسمة قسمة واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز مجرد
تراضيهم ما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح
بالتراضي على ذلك المعنى منه ما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل
(قوله لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالتسمية) أقول كان الظاهر في التعديل من قبل محمد بن علي قوله ان السفلى يصلح لما لا يصلح
له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندي في موضع يكثر فيه الندي واستمشاف
الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفلى
على العلو مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو بخلاف
تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذرع أصلاً ويقتضي المصير الى القسمة
بالتسمية ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سبأني ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالإضافة اليه ما فلا يمكن التعديل الا بالتسمية وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل
واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهم ما أو تفضيل السفلى
مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ
بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس
من ذلك أو استوائهم ما أو هو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل
بغداد في النسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات
في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريريه خلل حيث قال أو
العكس من ذلك ولا ينبغي أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى
مطلقاً وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقاً
كما قال به أبو حنيفة واستوائهم ما أو هو كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد
وليس الثالث بعكس الاول كما لا ينبغي والله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في

وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلوم منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضرب بالآخر على أصله ولحمده رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف (٩٠) الحرج والبردبلاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

الا بالقيمة وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفلى فثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو المجرد وستون وثلاثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد ستة وستون وثلاثان لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفلى المجرد ستة وستون وثلاثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفلى والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمائة ذراعاً خمسون منها سفلى وخمسون منها علو

وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلوم منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضرب بالآخر على أصله ولحمده أن المنفعة تختلف باختلاف الحرج والبردبلاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفلى فثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو المجرد وستون وثلاثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد ستة وستون وثلاثان لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفلى المجرد ستة وستون وثلاثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفلى والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمائة ذراعاً خمسون منها سفلى وخمسون منها علو

تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى فأصاب الحرج في افادتين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولاً فلأن معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا لا اتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصير الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة وهو ادرهنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أضاف في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفلى بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجهه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد معزل عن ذلك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر لفظ المتدبر في المقام (قوله والسفلى المجرد ستة وستون وثلاثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى فأصاب الحرج في افادتين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولاً فلأن معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا لا اتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصير الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة وهو ادرهنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أضاف في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفلى بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجهه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد معزل عن ذلك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر لفظ المتدبر في المقام (قوله والسفلى المجرد ستة وستون وثلاثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

(قال المصنف وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى) أقول مخالف لقوله والمراعى التسوية

في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفلى المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفلى (قال المصنف والسفلى المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفلى المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قرنه واذا اختلف المتقاسمون) فقال به ختمهم بعض نصبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدرى ولم يذكر خلافا
وكانت المال الى قول الخصاف فانه ذكر قول (٣٠) محمد كقولهما وقوله اولانه أى التمييز لا يصلح مشهودا به لما

انه غير لازم قبل لان
الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة
بتراضيهما اما اذا كان القاضى
او نائبه يقسم فليس لبعض
الشركاء أن يأبى ذلك بعد
خروج بعض السهام
والباقي واضح

باب دعوى الغلط في
القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط
والاستحقاق من عوارض
القسمة أخذ ذكرها والاصل
في هذا الباب أن
الاختلاف اما أن يكون
في مقدار ما حصل بالقسمة
أو في أمر بعد القسمة فان
كان الاول تحالفا وتفسخ
القسمة ان لم يكن في دعواه
متناقضا وان كان الثاني
فحكمه البينة على المدعى
واليمين على من أنكر
فعلى هذا اذا ادعى
أحدهما الغلط في القسمة
وزعم أن مما أصابه شيئا
في يد صاحبه وقد أشهد
على نفسه بالاستيفاء لم
يصدق على ذلك الأبيينة
لانه يدعى فسخ القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق
الابجحة كالمشترى اذا
ادعى لنفسه خيار الشرط
فان أقامها فقد توردد دعواه

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه هذا الذى ذكره
قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف وأولاه قال الشافعى وذكر
الشافعى قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد أنهم ما شهدا على فعل أنفسهما
فلا تقبل كن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهم ما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه
لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه
وقال الطحاوى اذا قسم ما بأجر تقبل الشهاد بالاجماع وأبى مال بعض المشايخ لانهم ما يدعيان
ابقاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادته صورية ودعوى معنى فلا تقبل الا ان يقول هما
لا يران به هذه الشهادة الى أنفسهما معتمدا لانفاق الخصوم على ابقائهما العمل المستأجر عليه وهو
التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحدا لا تقبل) لان شهادة الفرد
غيره مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن
نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان مسكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الأبيينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الابجحة
قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لاحاجه اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية
خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلوم مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع وانما يكمل البيان
بقوله والسفل المجرد أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاث لانه ضعف العاقل فيجعل بمقابلة مثله
أى بمقابلة مثله من السفلى المجرد الذى لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله قبلت مائة ذراع
كأن كان على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تقع وأن لا تقع أخذ ذكرها قال صاحب
الغاية أخذ من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل
بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان
الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر اهـ واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه
بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا تحالف فيه ولا
بينة ولا يمين كما يجبى عنه انتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم فى الأصل المزبور هو الاختلاف
الملتفت اليه المعتبر فى الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف فى التقويم فيما
اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج
عن المقسم المسد كوراء عدم الالتفات اليه فى الشرع كما سيجى فلا يرد به النقض على شئ من القسمين

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

(فان)

(قوله فان كان الاول تحالفا) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير
لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجبى

(فان لم يكن له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب البا كل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصافهم ما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغى أن لا تقبل دعواد أصلا تناقضه واليه أشار من بعد) وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالتقول قول خصمه مع عينة) لا يندعى عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تخالفوا فستخت القسمة)

المذكورين في الأصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لانهم لو أقروا الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لوضح هذا الدليل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بواردا قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن برّد الاقرار برّد المقر له لا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكرناه على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يمتشي فيه أنه يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء باقراره بكذب المقر في اقراره والالزم أن يرد الاقرار الاول برّد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكرناه أيضا على ذلك فانه يمتشي فيه أنه يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يمتشي فيه أن يقال فاذا أنكروا استخلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصداقه في اقراره لانكار كذبه في اقراره بقرينة تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الراد فلا فائدة في استخلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعمل فيه دقة ثم أقول لكن بقي فيما ذكرناه وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه يندل لا اقرار فكذلك اياه أبو حنيفة على ما صرح في كتاب الدعوى مفصلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استخلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغى أن لا تقبل دعواد أصلا تناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناثه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغى أن يتحلفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغى أن يتحلفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجهه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجهه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما يوجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع

عليه ومن نكل جميع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ولا تخالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواد أصلا) يعني وان أنام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تخالفوا فستخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم الخ) أقول لوضح الدليل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد زعمهما الله (قال المصنف ينبغى أن لا يقبل دعواد) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث

فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناثه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغى أن يتحلفا

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا يتخالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعاً للصحة الدعوى وإذا كان التناقض موجوداً وجب أن لا تقبل دعواه أصلاً وان قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه (٣٢) ويجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع عيونه لانه يدعى عليه الغصب

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذلك في القسمة لو جرد التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يبتا في بدل الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأذكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما قلنا

الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعاً بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضاً من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لا رد دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الافراد باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحدا المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البدل عما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكراً فيحلف وأما بعد القبض فبخلاف القياس لان القابض منهما لا يدعى شيئاً حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكما عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها المتفاوتة اذا اقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشرهين قابض نصيبه فانه ذو البدل ولا يدعى على الآخر شيئاً وانما يدعى الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفاً للقياس ولا مجال لأجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان وارداً في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معاً كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بدق الحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فلما تأمل في الدفع (قوله ولو اقسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يبتا في بدل الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا) قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نرد دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ففسخ القسمة المعانسة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي البدل ففسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما ينبغي في الفصل الآتي من

وهو ينكره ولا يخفى في التقويم فلا يثبت له ما أن يكون بسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المفتومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضى لان الاحتراز عن مثله غير جدا وان كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضى فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهروي رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لا تجمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه يتقضى بالغبن الفاحش كبيع الاب والرضى ولقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش ذات شرط يجوز القسمة

فيجب نقضها والصدور الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ لما رجحهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقسما داراً) هو عين المسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتخالفان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضاً تأمل

الى قوله لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا في الحدود) قيل صورته دارا قسمة رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة بقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينه الخارج ترجح على بينة ذى اليد والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) فهنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا أو استحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين في الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يجزى ان شاء رجع بمحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة أن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمة ما سواه بان تكون قيمة الدار ألفا وما تبقى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفع العيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٣٣) بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف)

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينه الخارج ترجح على بينة ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفوا وترادوا كذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لأحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفوا) كافي البيع

فصل قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بمحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الاصح أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فمما نحن فيه اذا انورد عوا به بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أي قال المصنف ذكر القدرى الاختلاف بين أبي

يعنى القدورى رحمه الله في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب التمهية رحمه الله وصفة الحواله هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في

الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير حرمة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرا فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ايس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا انورد عوا به بالبينة يحكم بالبيت للمدعى

فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه (قوله في الاول الى قوله وفي الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الاول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول في شرح الوقاية اصدرا الشريعة ما يوافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا ففسخت القسمة وان كان معين لم يذ كر هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجع لار جوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وسبعة من ذلك يراجع الثاني على الاول بذراع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ايس بنص في ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفي ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل

لا يبعد فيكون قد ذكر كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وسيتخذ يكون الاختلاف في الشائع في المعين لأن
يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضا باطلة لأن موضوع المسئلة فيما إذا اتراضيا على
القسمة لأنه اعتبر القسمة فيما فلا بد من التراضي وصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافتراض أما فيما
ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٣) في النصيب الآخر فلا بد من الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فإن

لا ييوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضا باطلة كما إذا استحق
بعض شائع في النصيبين وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافتراض لأنه يجب
الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافتراض لا ينعدم باستحقاق جزء شائع
في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا
بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما الا شركة لغرضهما فيه فافتسما على أن لاحدهما مالهما من المقدم
وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت
القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا لا ضرر بالاستحقاق فافترا

بإستحقاق بعض معين يبقى
الافتراض قيميا وراهل لكنه
يختار أن شاء نقض القسمة
من الأصل لأنه ما رضى بها
الأعلى فتقدير المعادلة وقد
فانت رايهما أن معنى الافتراض
لا ينعدم باستحقاق جزء
شائع في نصيب أحدهما
لأنه لا يوجب الشروع في
نصيب الآخر ولهذا جازت
القسمة على هذا الوجه في
الابتداء بأن كانت دار
نصفين والنصف المقدم
منها مشترك بين ثلاثة نفر
والنصف المقدم من هذا
النصف لواحد منهم
والنصف الآخر بين اثنين
على السوية والنصف
المؤخر بين اثنين
على السوية أيضا فافتسما
الاثنان على أن يأخذ
أحدهما نصيبهما من المقدم
وربع المؤخر وإذا جاز
ابتداء جاز انتهاء بطريق
الأولى وصار كاستحقاق
بيت معين في عدم انتهاء
معنى الافتراض بخلاف الشائع
في النصيبين فإنه لو بقيت
القسمة لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين
أما ههنا فلا ضرر بالاستحقاق

حنيفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا كرا الاختلاف في الأسرار
قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً والآن هذه المسئلة مذكورة في الأسرار في
الشائع وضعا وتعلما من الجانبين وتكراراً بالمفرد الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بركة إلى
في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً أيضاً والمطابق للغة تعدية بكلمة
على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في
استحقاق بعض بعينه أيضاً نظرفان قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص
في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه وإذا استحق
بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وسيتخذ يكون الاختلاف في الشائع في المعين انتهى أقول لا يثنى
على ذي فطرة سليمة أن كلام القدوري أن لم يكن نصاً فيما حبل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه
على أحد من محول العلماء لأن قوله بعينه لم يكن متعلقاً ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة
مبهماً فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيحتل وضع المسئلة وأيضاً لو كان قوله بعينه متعلقاً
بقوله نصيب أحدهما كان مجزئاً كيدل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام وأما إذا كان متعلقاً ببعض
يكون تأسيساً مفيداً المراد من ذلك أن هذا من ذلك على أن الأصل في أمثال هذا التركيب تعالى
القيد بالمضاف دون المضاف إليه كما بين في محله فبين أن كلام القدوري ظاهر فيما حبل عليه المصنف
وقد تقرر في علم الأصول أن الظاهر بوجوب الحكم قطعاً كالنص على أحد معني القطعي وهو ما يقطع
الاحتمال الناشئ عن دليل إلا أن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم
النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لا ييوسف أن
باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضا باطلة) قال صاحب العناية في
تعليل هذه المقدمة أعنى قوله والقسمة بدون رضا باطلة لأن موضوع المسئلة فيما إذا اتراضيا على القسمة
لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وما أخذ تعليله لهذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الإمام
علاء الدين الأسدي حيث قال وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي وضع المسئلة
فيما إذا اتراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح إلا عن تراض انتهى
وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لأن موضوع المسئلة فيما إذا اتراضيا على القسمة حيث

(قوله لأن موضوع المسئلة فيما إذا اتراضيا على القسمة) أقول لأحاجة إلى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي
فإنها إذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضاً إذا لم يرض الغائب على ما يبيح في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لأنه اعتبر القيمة فيها
فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيها كدولهذا لو كان
بالغيب القاضى في أحد الطرفين فيفسخ على ما مر في الدرس السابق (قوله فافتسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فافتسما الاثنان

وصورة المسئلة اذا اخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمة ما سواه ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء تنقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه ربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الر ربع اعتبار الجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائما رجع ربع ما في يده الاخر عندهما الماذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد ملوك فنفسذا البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجيى في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شئ أن القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضا الغائب الا يرى الى ما حصر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعههم وارث غائب قسمها القاضى بطالب الحاضرين وينصب للغائب وكى لا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساع للقاضى القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجيى في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء ليس بمحوالة راجحة اذ لا شئ في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو بالربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاها ما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه أو المراد بانتقاضها بالكلية أيضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضى اذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضى نص عليه في البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والساقى على الشركة بينهم ولو اقتصروا وئة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينقض ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتصموا ثم ظهر أن ثمة وارثا آخر تنقض قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أو رد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيه أكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تنسخ على ما حصر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسميناني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كايقة تصح تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضى فقوله فان القيمة

صاحب المقدم نصفه)
يعنى النصف من الثلث
المقدم الذى وقع في نصيب
أحدهما ثم استحق النصف
الثاني رجع ربع ما في يد
الاخر عندهما الماذكرنا
يعنى من قوله لانه لو استحق
كل المقدم رجع بنصف
ما في يده الى قوله اعتبارا
للجزء بالكل وسقط خياره
بييع البعض في فتخ
القسمة لان الفسخ انما يرد
على ما ورد عليه القسمة
وقد فات بعض ذلك بالبيع
وعند أبي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف
ما باع لصاحبه لان القسمة
تنقلب فاسدة عنده
فيه قسمان الباقي بعدم
الاستحقاق قوله (والمقبوض
بالعقد الفاسد) جواب عما
يقال ينبغى أن ينقض
البيع لانه بناء على القسمة
الفاصة والبناء على الفاسد
فاسد ووجهه أن القسمة
في معنى البيع لوجود
المبادلة واذا كانت فاسدة
كانت في معنى البيع
الفاصد والمقبوض
بالعقد الفاسد ملوك
فينفسذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة لتعذر
الوصول الى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف
نصيب صاحبه

(قال المصنف لان القسمة
تنقلب فاسدة عنده) أقول

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يبق لأحد من مالهم ولم يبق لأحد من مالهم لان الدين يمنع وقوع الملك لا وارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبده وهو ذرهم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي (٣٦) من التركة ما بقي من الدين ورأى ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايضاً

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه منع وقوع الملك لا وارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين ورأى ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايضاً حتى ولو رأوا الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط ما زالت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم يسمع للتناقض اذا الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاتلي أيضاً ان اراد انها معتبرة عند أى خفيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك وان اراد بها أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أى خفيفة فلا يحدى شيئاً فان عدم اعتبارها عند أى خفيفة كافى في تمام ما ذاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كعدم في عدم الأصابة لان تحقيق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم فأبو خفيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين بأحدى الجوانب المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكره نالك في بعض الشروح الغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فدعى صاحب الآخر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) ذال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا حجت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبيينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها أولاً فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعتراض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خير بان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسع البيينة والاولى أن يجاب بجمع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خير بان كون استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس غير مفيد ههنا فان الجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البيينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبيينة فأل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لهرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبيينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

سعيهم ولو رأوا الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم سبقت القسمة أى تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نتقاضى حقهم فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقيقة ما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاها وما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على انقسامه اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا حجت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل

(قوله والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير بان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسع البيينة والاولى أن يجاب بجمع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل

فصل في المهايأة **✽** لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعاً عليها وإحاطة أن الترجمة بالبَابِ أولى لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكن باب من كُتب القسمة ويجوز أن يقال إنها فصل من كُتب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء ولشيء وقد تبدل الهمة ألفاً وتحقيقه أن كلامهم يرضى (٣٧) بهيئة واحدة ويختارها وأنها

الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول وفي عريف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المسافع وهي جائزة استحساناً والقياس بأنها لا إناهم مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لئلا تتركنا القياس بقوله تعالى لهما شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليها يتعذر الانتفاع على الانتفاع فأنشأ القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الآن القسم أقوى منها في استحكال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتما يوجب على التعاقب ولهذا أى ولو كُن القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه لا يملك في التكميل ولو وقعت

المهايأة جائزة استحساناً بالحاجة إليه إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأنشأ القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة الآن القسم أقوى منه في استحكال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتما يوجب على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه لا يملك في التكميل ولو وقعت في القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه لا يبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة وتبطل المهايأة لأنه لا يبلغ ولا يبطل التما يوجب موت أحدهما ولا يوجب موت الآخر لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والأولى أن يجاب بمنع استئناهما ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يتفهمه العاقل فضلاً عن مثل ذلك القائل لأن الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة إذ الحكم فيما إذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداء الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المقدمة مفصلاً

فصل في المهايأة **✽** لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلاً والمنافع فرعاً عليها ثم إن المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وأبدال الهمة ألفاً فالغة فيها والتما يوجب تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقه أن كلامهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هيا فلان فلاناً وتهايا القوم وفي عريف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحساناً بالحاجة إليه) قال الشراح والقياس بأبي جوازها لا إناهم مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شئ وهو أن ما ذكره في وجه إباء القياس جوازها إنما يتم في صورة التما يوجب من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة وينتفع الآخر بمدة أخرى لا في صورة التما يوجب من حيث المكان كما إذا تهايا في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها فإن التما يوجب في هذه الصورة إقرار الجميع الانصباء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التوقيت كما سيجي في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التما يوجب على الإطلاق أمر استحساناً بخلاف القياس وما ذكره في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الآن القسم أقوى منه في استحكال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتما يوجب على التعاقب) أقول في كلية هذا التعليل نظراً قد صرحوا بأن التما يوجب قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسواء في ذلك الكتاب أيضاً والجمع على التعاقب إنما هو في التما يوجب من حيث الزمان وأما في التما يوجب من حيث المكان فينتج في جمع المنافع في زمان واحد كما ستحققه نعم إن القسمة في الاعيان أقوى بل أربب من مطلق التما يوجب الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الأولى من حيث

فما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا يوجب موت الآخر لأنه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا علوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فصل في المهايأة (قوله لا إناهم مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نفسية

فالتأثير في هذا الوجه وهو
أن يسكن هذا في جانب
من الدار ويسكن هذا في جانب
آخر منها في زمان واحد
افراز لا مبادلة لتحقيق معناه
فإن القاضي يجمع جميع
منافع أحدهما في بيت
واحد بعد أن كانت شائعة
في البيتين وكذلك في حق
الآخر ولهذا لا يشترط فيه
التأقيت ولو كان مبادلة
كان تملك المنافع بالعوض
فيحقق بالاجارة ويشترط
التأقيت قبل (قوله ولكل
واحد أن يستغل ما أصابه)
يجوز أن يكون ترضيحا
لكونه افرازاً فإنه إذا كان
افرازاً كانت المنافع حادثة
على ملكه ومن حدثت
المنافع على ملكه جاز أن
يستغل وإن لم يشترط في
العقد ذلك وهو ظاهر
المذهب ذكره شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله وفيه
نظر لأنه لو كان مبادلة كان
كذلك أيضاً والاولى أن
يكون ابتداء كلام لنفي
قول من يقول أنهم ما إذا
تمهاياً ولم يشترط بالاجارة في
أول العقد لم يملك أحدهما
أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون
توضيحا إلى قوله ومن
حدثت المنافع على ملكه
جاز أن يستغل وإن لم يشترط
في العقد ذلك) أقول
منقوض بالأعادة

والتأثير في هذا الوجه اقتران جميع الانصباء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن
يستغل ما أصابه بالمهاياة بشرط ذلك في العقد أو لا يشترط) لحدوث المنافع على ملكه
الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فب (قوله والتأثير في هذا الوجه اقتران لجميع الانصباء
لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا إيضاح أنه افراز لأنه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض
فيحقق بالاجارة حيث يشترط التأقيت كذا في الشروح أقول للسائل أن يقول إن أراد أنه لو كان
مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم
لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازاً من وجهه حتى يثبت كونه افرازاً لجميع
الانصباء لجواز أن يكون افرازاً من وجهه ومبادلة من وجهه بأن يكون افرازاً للنصيب كل واحد منهما
من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها أو مبادلة لتصيبه من في الناحية الأخرى بنصيب الأخرى
الناحية التي يسكن هو فيها كما لو أوفى قسمة الاعيان على ما صرف في صدر كتاب القسمة أنها لا تعري عن
المبادلة والافراز لأن ما يجمع لأحدهما البعض كان له وبعضه كان لأصاحبه فهو يأخذ عوضاً عما
بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً وإن أراد أنه لو كان مبادلة ولو وجهه كان ملحقاً
بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لأن الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض
من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افرازاً من وجهه ومبادلة من وجهه قال
صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتأثير في هذا الوجه افرازاً لجميع الانصباء فإن القاضي
يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر
انتهى وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لأن جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقر في
محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه
ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها التلا يكون ذلك التأثير بمبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار
إليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار
المحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لأجل دفع الاول وأيضاً اعتبار المحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من
عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتري في الشرع
لأجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى إلى ما ذكره وفيما صرح أن القياس بأبي جواز
التأثير لأنه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقر في كتاب الاجارات لكننا كنا القياس
فيه لضرورة حاجة الناس إليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء
في بيت واحد ممنوع لأنه انما يلزم ذلك أن لو كان التأثير في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما إذا
كان افرازاً من وجهه ومبادلة من وجهه فلا يلزم ذلك لأن اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه
كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بشرط ذلك في العقد أو لا يشترط
لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع
هذا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاشتداد
قبل مضي المدة ههنا أيضاً متحقق إذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب
أحدهما القسمة ينقسم وتبطل المهاياة لتكون القسمة أبلغ فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل
المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث
المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة

(ولو تم يا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افرازًا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فإذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت في النياب والاراضى تعتبر افرازًا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر فسمه الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازًا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بمنسها وانه يحرم بالنساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كاللور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لأن

(٢٩)

المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولواختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلاً بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمتها وصاحبها في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبها شهراً آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا لأن لكل واحد منهما ضرورة فلا ترجح لاحدهما إذا التهايو في المكان أعدل لاستواءهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر في الزمان أكل لان كلامهم ما ينتفع بجميع جوانب الدار في نفسه فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه

(ولو تم يا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما ما يأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان التهايو في المكان أعدل وفي الزمان أكل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتممة (ولو تم يا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضى فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تم يا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افرازًا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس يصحح لان مجرد العطف لا يقتضى اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى أن كثير من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضهم على بعض على أن التهايو في العبد الواحد وفي البيت الصغير هما يؤمن من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازاً كما يفهم من أدلة المسائل الاتية سيما من الفرق بين التهايو على الاستغلال في دار واحدة والتهايو على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس يصحح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبيح بحديث العطف ههنا بما لا معنى له أصلاً كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت في النياب والاراضى تعتبر افرازًا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر فسمه الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازًا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بمنسها وانه يحرم بالنساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على

من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتممة (قوله ولو تم يا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمه الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاص عنه عمل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذكر أن هذا افرازًا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجهه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قبيل اجارة السكنى بالسكنى ليست بمبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كاللور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر و يعتبر افرازاً وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمتها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقتضى والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تم يا أيها القاضي على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحساناً للمساخة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تم يا أي دارين على أن يسكن كل واحد منهما مادار اجاز ويحبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايب فيها أصلاً بالجبر لما قلنا وبالنزاع لا يبيع السكني بالسكني بخلاف قسمة رقبته ما لان يبيع بعض أحدهما ببعض الآخر جازاً ووجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افرازاً أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهم ما فاعتبر بمبادلة (وفي الدارين لا يجوز التهايب على الركب عند أبي حنيفة وعنهما يجوز) اعتباراً بقسمة الأعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابين فانهم بين حاذق وأخرق والتمايب في الركب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يستخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحمّلها وأما التهايب في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

خلاف القياس فيما هو بمبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذاً من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومراجع الدراية أيضاً نوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع يجنسها كاجارة السكني بالسكني واللبيس باللبيس والر كوربالر كورب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا للنساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصاً بمرور النص وهو البيع غير متعدى الى غيره لما تم استدلالاً أثبتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع يجنسها بربا النساء ثم لناديل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه قول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان واعتبرت بمبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضاً مأخوذاً من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً أما أولاً فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايب من حيث المكان افراز لجميع الانصباة لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأنيت ولا يجني أن التهايب في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والاخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايب من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ثانياً فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكني بالسكني وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثلاً واحداً فالمراد مثل أن يتهايا على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبيل كافي الثياب والارض وأما ثالثاً فلان قوله وقسمة الأعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقاً لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحده الشر كاهوان كان أحنا ساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمته بالتعذر المعادلة باعتبار نفس التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال القاضي عنده أيضاً قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جازو على هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الاصول بلاتأويل وقوله (ولو تم يا أيها القاضي واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلاتأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢) قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ ووجهه بهامش الاصل حتى العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانهم ما لان أملا عليها الا الاسم اه مصححه

وروجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العتار وتغيره في الحيوان انما الى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولوزادت الغلة في نوبة أحدهما علم في نوبة الآخر يشتر كان في الزيادة لتحقيق التعديل بخلاف ما اذا كان التأثؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التأثؤ مواصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتأثؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتر كان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتأثؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فولي أن يمتنع الجواز

المراجم إذ كرهها أن قسمه الأعيان في الجنس المختلف اعتبر مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما نقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العتار وتغيره في الحيوان انما الى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاسمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول ممتضى هذا الوجه أن لا يجوز التأثؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذا الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التأثؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتأثؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التأثؤ في العبد على الخدمة انما يجوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمها ولا ضرورة في الغلة لانهم أعيان باقية ترد القسمه عليهم فاقتضا وسيجي في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فولي أن يمتنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبد لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كلمهاياة في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظرا قد مر في بيان فتوت المعادلة في التأثؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لم نزل أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المستثنين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكرنا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المستثنين من قبل الامامين وعزوا الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا قد بر (قوله والتأثؤ في الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتأثؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التأثؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلة ههنا ضرورة تعذر القسمه وفي ذلك توارد علمين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تمة هذا التعليل لان غلة الجواز تعذر القسمه وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهما ماعلة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلمتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البديل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول

العبد الواحد والمادة الواحدة
وقوله (فتفوت المعادلة)
لان الاستغلال انما يكون
بالاستعمال والظاهر أن عمله
في الزمان الثاني لا يكون كما
كان في الاول لان القوى
الجسمانية متناهية
وقوله (ولو زادت الغلة
في نوبة أحدهما) يعني في
الدار الواحدة وقوله (في
ظاهر الرواية) احتراز عما
روى عن أبي حنيفة في
الكيسانيات انه لا يجوز
لان قسمه المنفعة تعتبر
بقسمة العين وهي عنده في
الدارين لا تجوز للتفاوت
وقوله (لما بينا) اشارة الى
قوله والاعتدال ثابت في
الحال الخ وقوله (اعتبارا
بالتأثؤ في المنافع) يعني
في الاستخدام انما على عن
الاستغلال وقوله (لان
التفاوت في أعيان الرقيق
أكثر منه) أي من التفاوت
من حيث الزمان في العبد
الواحد لانه قد يكون في
أحدهما كياسة وحذق
ولباقة يحصل في الشهر
الواحد من الغلة ما لا يقدر
عليه الآخر ثم التأثؤ في
استغلال العبد الواحد
لا يجوز بالاتفاق ففي
استغلال العبدين أولى أن
لا يجوز وعورض بان
معنى الافراز والتمييز راجح
في غلة العبدين لان كل
واحد منهما يصل الى الغلة
في الوقت الذي يصل اليها
فيه صاحبه فكان كلمهاياة

في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتي تؤثر في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتأثير في المنافع وبيان الضرورة ما تذكروه بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلان على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التأثير في المنافع بقوله من قبل لأن المنافع من حيث الخدمة قبلها متفاوتة وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على (١٣٢)

والتي تؤثر في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان فخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتم با على أن يأخذ كل واحد منهما ما طافقه يستمرها أو يربعاها ويشرب ألوانها لا يجوز) لأن المأبأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كايما بعد مضي فوته أو ينتفع بالابن بمقدار معلوم استقرض صاحبها أذقرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع يبيع بعض الخراج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالاهي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

أذا لم يخفى أن المفصود من إيراد العال المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لإفادة المدعي بالاستقلال بدلا عن الأخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أي طريق يشاء وأما الثاني فلأن الظاهر من تعاميل المصنف بأحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما مفاعلة مستقلة ولا يلزم أن لا يفيد شيئا منها المدعي في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استئصال كل واحدة منهما - ما في الإفادة بين أمثلة التفاوت فلا أن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تنجح المخطورات على ما عرف وليست شعري ماذا يصنع الشارع المزبور في قول المصنف فيما بعد ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لا بطلان القياس وكذا في نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما - ما جزء العلة لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

كتاب المزارعة

لما كان الخراج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة) قال في العناية إنما قيد بالثلث والرابع ليسين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى أقول يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالثمن وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يبين بالتقييد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا لفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وإنما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والرابع مقابلة

من قبل تمتة هذا التعليل لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهما علة مستقلة وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لا بطلان القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما وإلى وجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان فخل أو شجر الخ) واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخراج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) وإنما قيد بالثلث والرابع ليسين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع (وقالاهي جائزة لما روى

ولأنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف أذقرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائزا لأن يقال ليس فرضا من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه يتخلل فعل فاعل مختار وهو كل الحيوان فيضاف إليه وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشراكة (ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخبارة) فقيل وما الخبارة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله) فأنهم لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقدرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج (٣٣) من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جازلانه

عليه الصلاة والسلام ملكها غنمة فكان ما ترك في أيديهم هم فضلا ولم يبين مدة معاملة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا بينان مدة معاملة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فسادها فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما إذا كان البذر من قبل العامل وفيما إذا كان من قبل رب الارض وقوله (لأنه نعمة ملكه) منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نعمة ملك

ولأنه عقد شراكة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان المال قد لا يمتد إلى العمل والقوى عليه لا يجد المال فست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرم عاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى أنه عليه السلام نهى عن الخبارة وهي المزارعة ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكرهها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى اجارة فاشد وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الارض وإذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نعمة ملكه ولا خراج كما فصلنا

القييد بالاطلاق لا مقابلة القيد بالقييد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكمية لأنه قيد بهذا القيد بخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شراكة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بحال من أحد الجانبين ويعمل من الجانب الآخر فنحن عقد شراكة بينهم ما في الربح وههنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هنالك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز ما سمي أي في الكتاب أنه إذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقرة أيضا مال وقد اجمعت معاملة العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبارا بالمضاربة فتأمل (قوله لأنه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف فبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسامحة أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء ههنا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشرين خيبر من أرض العرب اه أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقرأها عليها على الكفرة فان مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفرة وذروا أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور في أن تقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نعمة ملكه) قيل قوله لأنه نعمة ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نعمة ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(هـ ن تسكلة ثامن) صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختباره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الأمر وقوله (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ

(قال المصنف ولأن الأجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشرين خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نعمة صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الآن الفتوى على قولهما) (٣٤) وانضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يمكن

الآن الفتوى على قولهما الحاجة الناس اليها وظهور تعامل الامه بها والقياس بترك التعامل كافي الاستصناع (ثم المزارعة لصحتهم على قول من يحجزها بشرط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقد المدة لا يصح الا من الأهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هي العيار له العلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة واعلاما للعقد وعليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (والثالث أن يحل رب الارض بينهما وبين العامل حتى لو شرط على رب الارض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لانه ينعقد شركة في الانتهاء فبايقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد

باختياره وتخصمه فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الآخر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكرنا الاول فلان الزرع في الصور والمذ كور فلا يسبى بماء ملك صاحب البذر وانما هو غنائه ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثاله منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقتلتين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع غنائه ملكه قطعا وأما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه غنائه ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والاخر عاملا لغيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما الحاجة الناس اليها وظهور تعامل الامه بها والقياس بترك التعامل كافي الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس بترك التعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجاع على والاجاع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرفت في علم الاصول فبقى تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخبارة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فواجهه القوي على قوله ما ويمكن أن يقال له ما أن يدفع ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل فلنا النص صريح الواردة في المجتمعات صور النصوص والالامحلال لحد الخلاف فيها أو نحلها على ما اذا شرط شرط مفسدا فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فقد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبر طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فبايقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضه والقياس بابي جواز الاجارة المحضه باجر معدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كبابي جواز قياس الاجارة المحضه باجر معدوم بابي جوازها باجر موجود أيضا اذ قد تقر في كتاب الاجارة أن القياس

فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالب لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أي لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي العيار لها أي للمنافع بمنزلة السكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر للارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله (فبايقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضه والقياس بابي جواز الاجارة المحضه باجر معدوم

(قال المصنف والقياس بترك النعام بل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك

بالادنى وسيجني أيضا في فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الزاجع الى المزارعة باعتبار الخبر وأليكون في معنى أن مع الفعل

وقوله (بيان جنس البذر)
وجه القياس لبصير الاجر
معلوم اذا هو جزء من الخارج
فلا بد من بيانه ليعلم أن
الخارج من أي نوع ولولم
يعلم عسى أن لا يرضى لانه
ربما يعطى بذر لا يحصل
الخارج به الا بعمل كثير
وفي الاستحسان بيان ما يزرع
في الارض ليس بشرط
فوض الرأي الى المزارع
أولم يفوض بعد أن ينص
على المزارعة فانه مفوض
اليه قال (وهي عندهما
على أربعة أوجه) قيام
المزارعة بأربعة أشياء
الارض والبذر والعمل
والبقر لا محالة ثم اما أن
يكون الجميع لاحدهما
أولا لا سبيل الى الاول لان
المزارعة شركة في الانتهاء
واذا لم يكن من أحد
الجانبين شيء لم تنصور
الشركة فتعين الثاني وهو
اما أن يكون بينهما
بالتنصيف أو بإثبات الأكثر
والاول على وجهين على
ما هو المذكور في المختصر

(قال المصنف وهي
عندهما على أربعة أوجه)
أقول أي المزارعة المستعملة
بين الناس أربعة فلا يرد
شيء على الحصر (قوله لان
المزارعة شركة الخ) أقول
ولا يمكن أن تنعقد اجارة
أيضا كما لا يخفى

(والشأن بيان جنس البذر) لبصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت
الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا
ليخيط بآلة الخياط

بأي جواز الاجارة مطلقا كون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكننا جوزناها
استحسانا لاجابة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يابى القياس جوازها على فساد المزارعة
على تقدير بقاء اجارة محضة فالأظهر أن يقال بدل قواهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم
والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعاً ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف
ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها
ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف
فزع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال في يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد فقط لجعل ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فراه ان عقد المزارعة
شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فبما يقطع هذه
الشركة ينقضي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة
أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة
وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيره ما من
منفعة البقر والبذر لانها استتجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا على جوازها في الارض والعامل
لورود الشرع به فيهما أما في الارض فآثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل
فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما
بالقياس فمكمل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استتجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان
المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استتجار الارض أو العامل ببعض
الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استتجار الآخرين أو كان
المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما متبعاً للآخر ولكن المنظور فيه هو استتجار
غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيره ما هو هذا هو الاصل الذي تدور عليه
مسائل المزارعة كذا في الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية
بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجود على الاصل المذكور فاما
الوجه الاول فهو بما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس
والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستتجار يجعل كآن العامل استأجر الارض أو رب الارض
استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استتجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر
الرواية فباطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما متابعاً للآخر بخلاف
المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخر والفرغ الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه
جوز في الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل
ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا
الوجه وقد تقرّر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من
قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن
يكون العامل مستأجر افيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن
هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا

أن يكون الأرض والبذر واحد والعمل والبقر لا آخر وهو الوجه الأول في الكتاب وأن يكون الأرض والبقر واحد والعمل والبذر لا آخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الأرض واحد والباقي لا آخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون العمل واحد والباقي لا آخر وهو الوجه الثالث وعلى جازة الرابع وجه كل واحد مذكور في الكتاب وما وضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا. واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وقضاها على أن المزارعة تعتقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة فاعلموا على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استتجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا الكجواز ما بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيه حادون البذر والبقر أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا بشرط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٤٦) للأرض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع

(وان كان الأرض لواحد والعمل والبقر للبذر واحد جازت) لأنه استتجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجر ما يدرهم معلومة (وان كانت الأرض والبقر واحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره العمل باله المستأجر فصار كما إذا استأجر خياط الخياط ثوبه بآرته أو طبايا بالطين بآرته (وان كانت الأرض والبقر واحد والعمل لا آخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل لخطوط باردة الخياط فإنه بمنزلة التصریح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الآخر كالجياط (قوله وان كانت الأرض لواحد والعمل والبقر واحد جازت) لأنه استتجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجر ما يدرهم معلومة أقول فيه نظر لأنه لا نسلم أنه استتجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجر ما يدرهم معلومة فإن استتجار الأرض ببعض من الخارج استتجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استتجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استتجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكننا جوزنا ما فيها إذا كانت استتجارا لمنفعة الأرض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها بقياس سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالخفق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لأنه استتجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العذابة ووجهه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استتجارا للعامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في

أهل خير والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجر للعامل بذلك فالتصريح على الجواز بالنص فيه ما يوجب غيرهما على أصل القياس فشكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استتجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استتجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مودود الأثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استتجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير

متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غير هاتين وجهين آخر فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجود على الأصل المذكور فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستتجار يجعل كان العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استتجار الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيبطل لأن المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه

(قوله وهي جائزة الرابع) أقول أي الوجه المذكور جازة الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لأنه استتجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول يعني أن لا يجوز الاستتجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور إليه ذلك) أقول كما يستتبعه بقوله ذلك إشارة إلى استتجار الآخر (قوله والمنظور إليه الاستتجار يجعل كان العامل استأجر الأرض) أقول فيه بحث إما أولا فلا لأنه مخالف للشروح وأما ثانيا فلا لأنه مخالف لما صرح به نفسه ضار أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته النجاس وضعف وجهه البقر معه فإمكان استئجار المعلم وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذلك في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا وإذا قيل أن يقول استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يتجانب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلاف الله تعالى لا مدخل له في الدليل وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توههم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدروري رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه إشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لاسلامته الخارج له حكما وكذلك أن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في القاء بذره كعهده بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره أي القدروري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والأرض من آخر

من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار بأخبارنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جبي عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الغني رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وأطلق الزرع كله لصاحب البذر فلهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه غناء بذره ومعنى قوله الغني صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلاف الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لأنه يتجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذلك عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بإسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر قابضه لا اتصاله بأرضه

الجواب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلا فلان البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مسمى بأجره والعامل أجرا فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مسمى بأجره لا يخرج في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجار العامل لا غيره أصلا فكان صحيحا قطعا وأما إذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجار الأرض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجهه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة يبعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معاوما من أجر العامل

(قال المصنف لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والأرض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معه ودولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معه ودولاجل لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا العمل الاولي أن يقال انما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه إشكال) أقول يعني على الرواية الاولي (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه حرازة الخ) أقول لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذي يحيرت به اعلى وزن الفعل بالتشديد

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والاتباع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبع الاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهم لو سكنوا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب للعقد فاذا نصا عليه كغناصير حاجبا هو موجب للعقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرط التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك بشرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الاتسب وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت (٣٩) صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج فان أخرجت فانخرج

على ما شرط الصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل عن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كما لا يمكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلاك الاجر قبل التسليم وأجيب بأن الاجر ههنا هلاك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض

(وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الاتسب (وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرض للتبن صحت) لا اشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نفع بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمه الله التبن بينهما أيضا اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرط التبن لاخر ففسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الاتسب واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل في الذمة ولا نفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم حزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجر المسمى يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجر اسماءه ولكن لا أجر مخصصه كما أجر مخصص ما جعله لصاحب العمل وقوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الاتسب) أقول في هذا التعليل قصورا على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بهم وكان صاحب السكا في تنبيهه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية ههنا وجع المسئلة في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) أقول عبارة الكتاب

الاصل قبض افرعه والاجرة العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الارض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا نفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر

(قال المصنف وكذا اذا شرط لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاخر المعين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر النقر برباياه وان كان ما يعمله ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطافا فان التبن نفع البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجي فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساد ههنا وان كان المفسد يقطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد ففسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وههنا الجواب لا يتمشى اذا أورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقرة من المزارع فتأمل (قوله والاجرة العين اذا هلك بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة اشارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى

قال (واذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال أما بعد الفاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحد منهما فسخه إلا بعد رواه وأما قبله فلا لازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصارت من استأجر رجلا لم يدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم أتمه العمل وهو قادر على (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذري ففسخ به الاجارة) كل مرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء عنده لا يبيع الأرض (ففسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض) (٤١) والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل

قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد إلا بضرر يلزمه فصارت كما اذا استأجر أجيرا لم يدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذري ففسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين

الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصرة القدوري والمؤاخذة بقصورها في افادة تمام المراد عما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلان سلم جريان التعليل المذكور وقامه في صورة استئجار الأرض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكك عن استأجر رجلا بعين فعل الاجير وهذا مكت العين قبل التسليم فإنه يجب على المسمى أن أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحيحة والاجر مسمى وذلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا ذلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتشبه في صورة استئجار الأرض فان رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم إلا بالعقد والعقد قومه يجز من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الأرض ليقوم العمل فيه بنفسه والعامل بنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتكرارا أن البذر اذا كان من قبل رب الأرض تعين ان يكون المستأجر هو رب الأرض والمفروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بان المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزاء في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والخيرة وقال بعد ذلك في العناية

الكراب) لان المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم إلا بالعقد والعقد قومه يجز من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه في الاجارات) وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة أو الاجرة فخير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجب وزوفي الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصل الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعقد فلو لم يبق العقد وانتقل الأرض الى ورثة ربه القلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الخاق الضرر على غير المتعدي

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فنقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله نضر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلاف مالهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجابا بعد ما ظهر حقه

(المثبت الزرع في السنة الأولى) ولم يترك ما لم يثبت عند موته وانه ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة (ولم يترك ما لم يترك ما لم يثبت عند موته وانه ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة) مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحرق الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء له عامل جناية ماعمل) (٤٣)

فلما ثبت الزرع في السنة الأولى ولم يخصص الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يخصصه الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحققتين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيه ماعمل (ولمات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحرق الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولاشئ للعامل بمقابله ماعمل) لما بينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز) ككافي الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحرق الانهار بشئ) لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو وانما تقوم بالشارح

واعلم انه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الأولى ولم يترك ما لم يثبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لان ما ذكر في أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به فاطمة فيدخل فيه ما ثبت الزرع عند موته وما لم يثبت ولا شك أن مراد الجواب في قوله ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الأولى ولم يترك ما لم يثبت عند موته انما هو جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تنفي المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز كافي الاجارة) قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي أو الى الرضا ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لجهة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى التضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فادع علمه لا بد لجهة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للإشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الاجارة متصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء والرضا أو كان المصنف قد اختار هناك ما يحار رواية افتقار الفسخ الى أحدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القصد وروى فسخ القاضي أشار الى أنه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحرق الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذكر في الكتاب

أي أنه قد (لحق صاحب الارض أحرجه الى بيعها اجاز) الفسخ (ككافي الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فادع علمه لا بد لجهة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحرق الانهار بشئ) لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو وانما تقوم بالشارح فإذا انعدم الشارح لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليق انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فلا عمل أجز مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيسقط عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض

وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فيكون العقد واردا على منافع الاجير فيتمتع به على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة بحالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر

(قوله اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليق بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل في اطلاق اول المسئلة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كافي الاجارة

لان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رُب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صورتين ثلاث ما اذا فسخ بعدما كُرب الارض وحفر الانهر وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان انحراراً بالغرماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع ببيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣٢) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان

التبذير استهلاك فكأن بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ولهذا عاكك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يمكن استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء

فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تباع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع ببيع الارض لم يكن هو ظالم والحبس جزاء الظلم قال) واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهم ماعلى مقدار حرقوقهما) معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصير له وانما كان العمل عليهم لان العقد قد انتمى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقى حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يخص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعدما كُرب الارض وحفر الانهر وما اذا فسخ بعد نبت الزرع قبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو إسحق الخفاف يقول ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك الأرى أن الاب والوصي يمكن زراعة أرض الصبي ولا يمكن استهلاك مال الصبي وانما كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء وليس باستهلاك ولهذا عاكك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يمكن استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا الاختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية كلام خال عن التخصيص لانه ان أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بجديد اذ قد اعتبر في الصورة

المسدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيه بالتبعية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع هي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهم ماعلى مقدار نصيبه ما حتى يستحصد كمنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر وجه ذلك اننا لو امرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرربه وان أبقناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقينا بلا أجر تعدد بلا للنظر من الجانبين والعمل عليهم الماذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضاً واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

(قوله وحكمه ان لا تباع) أقول اذ لم يبيع لم يفسخ العقد (قوله وان بقيناه بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة على الغير جبراً

فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فيمنع من الاستئذان من الخاص في منع الاضرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن لذلك لمافيه من الاضرار بالمزارع) تمكنه من الاستئذان من الخاص في منع الاضرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن لذلك لمافيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويجوز رب الأرض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب يدل عليها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يضر به غيره وهما يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنع في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أوجب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن (٤٤)

(فان أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأضر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن لذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذ بقل قليل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفق في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصل الزرع وأبى رب الأرض فليهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم عما عملوا) لاننا بقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجره الحصاد والرفع والديان والتذرية عليه ما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليه ما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما بقصد العقد كشرط الجبل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل باعتباره بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

وقوله (ما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكاه اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجره الحصاد والرفع) قد تقدم معنى الحصاد والديان في البيع الفاسد والرفع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تميز الحب من التبن بالرخ ولما كان القدر ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني يتصور دخول احدهما في الاخرى وان أراد بذلك دخوله في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجه العلم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو حكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والوجه عندى أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسي بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الأرض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادخل له أن يبيع الأرض لم يدرك محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يضر به غيره وهما يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنع في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أوجب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع

هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحدا مائة عادين قال بفسد حاله شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذلك المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما ينبت وينمو ويزيد في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والديان والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على أحدهما فسد في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنهم اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبار الاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير

وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا والمصنف جعل الأعمال ثلاثة ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالخصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالجل إلى البيت والطين وأشباهها وما كان لبساً من أعمالها فيكونان علم - ما لكن فيما هو قبل القسمة (٤٥) على الاشتراك وفيما هو بعد منها

على كل واحد منهما - ما في نصيبه خاصة ليعتبر ما في كل واحد منها عن ذلك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضاً على هذه الوجوه وقوله (لأنه مال مشترك) سمى مشتركاً كما بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار أن المجموع بهد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معتمداً في قرية يقال لهم شريك في القرية

كتاب المساقاة في

كان من حق المساقاة التقسيم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أشل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة

(قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن

قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالخاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العام - وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو على ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباهها على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو على ما للمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو على ما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو على ما لأنه مال مشترك ولا عذر ولو شرط الخصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جد الترسر أو انقراط الرطب فذلك عليهم ما لأنهم ما أنتم بالعقد لما عزموا على الفصل والجداد بسر أقصا كما بعد الإدراك والله أعلم

كتاب المساقاة في

(قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطله وقال الجائز إذا ذكر مدة معلومة وبمى جزء من الثمر مشاعاً)

لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فرعاً يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول إن رب الأرض أيضاً ليس بمتعنت في طاب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء فرعاً يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتأمل اهـ

كتاب المساقاة في

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا أقدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الاحتياج إليها أكثر من المساقاة فقد قدمت على المساقاة ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس فقدمت ولأن تفرعاتها أكثر من تفرعات المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فإنه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلاً في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطله وكذا ذكر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة أقول فيه أيضاً شيء وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضاً من غير فصل سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر - وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاستدعى حنيفة وقال الجائز لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكأن كلاماً من فريق الشراح اطلع على ما في

كونها أصح إما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شيء منهما لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغه أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهوماً بالشرع فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون اسمهم معه اجور من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أي حنفية كالمزارعة (٤٦) وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتباع للمعاملة لان الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط ارفعه من رأس الخارج نفست فعملنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة بفعالها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها جارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كما وقت معلوم وقلياً يتفاوت ويدخل فيه اما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لانها نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيراً في اواخر الصيف او في ربيع او في اكتوبر بناء عليه فقد دخله الجاهل وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها فتفاوتوا فاحشوا وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليه أو أطلق في الرطبة نفست المعاملة لانه ليس اذ كان نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أدخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغه أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والابحاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغه أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية مفهومها اللغوي أهم من الشرعي لاعتمده كقولهم صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذا نظرنا أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغه أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بمطلق المعاملة الشاملة للبذل والجارحة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أهم من مفهومها الشرعي ولا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغه أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلعون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلعون على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضاً بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغه أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أهم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشروط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شروطاً للمساقاة فان شروط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام فاضيل في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضاً وشروط المزارعة ثمانية كما صرح في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شروط المساقاة هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال أي وشروطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما صرح في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة

رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتباع للمعاملة لان الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط ارفعه من رأس الخارج نفست فعملنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة بفعالها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها جارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كما وقت معلوم وقلياً يتفاوت ويدخل فيه اما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لانها نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيراً في اواخر الصيف او في ربيع او في اكتوبر بناء عليه فقد دخله الجاهل وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها فتفاوتوا فاحشوا وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليه أو أطلق في الرطبة نفست المعاملة لانه ليس اذ كان نهاية معلومة

الثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذوة معلومة فان كان فهي جائزة كالأطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد تولى المصنف في كلامه قيسدين لا غنى عنهم ما كان ايجازاً محلاً (قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لأنهم اتهموا تركت في الأرض) دليل الرطبة ولم يذكروا دليل الخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى تذهب أصوله - دلالة
لأنه نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه بتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر)
هذا بيان ما تجرى فيه المساقاة وما لا تجرى فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خبير وكان في النخل
والكرم (ولأن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي (٤٧) عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير

خصه ما لان أهلها يعملون
في الأشجار والرطاب أيضا
ولئن سلمنا ذلك لكن
الأصل في النصوص
التعميل لاسيما على أصله
فإن بابَه عنده أوسع لأنه
يرى التعليل بالعلة القاصرة
وبكل وصف قام دليل
التمييز على كونه جامعا بين
الأوصاف وأما نحن فإنا
لأنجوزه بالعلة القاصرة
ويشترط قيام الدليل على
أن هذا النص بعينه
معاول وموضعه أصول
الثقة وقوله (وليس
لصاحب الكرم) واضح
وقوله (لما قدمناه) وفي
بعض النسخ على ما قدمناه
إشارة إلى ما ذكره في
المزارعة بقوله (وإذا عذرت
المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر
عليه الخ) والحاصل أن
المساقاة لم تشمل على ضرر
فكانت لازمة من الجانبين
بخلاف المزارعة فإن
صاحب البذر يلحقه ضرر
في الحال بالقاء بذره في
الأرض فلم تكن لازمة من
جهته ثم عذر صاحب الكرم
لحقوق دين فادح لا يمكنه

لأنهم اتهموا تركت في الأرض فجعلت المدة (ويشترط تسمية الجزع مشاعا) لما بيننا في المزارعة
أذا شرط جزع معين يقطع الشراكة (فإن سمي في المعاملة وقتنا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة)
لقوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سمي بمدة قد يبلغ الثمر فيها أو قد يتأخر عنها اجازت) لأنها
لا تنقضي بقوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لمدة العقد وان تأخر فلا يعمل
أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا
لم يخرج أصله لأن الذهاب بأية فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما
على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال
الشافعي في الجسد لا تجوز إلا في الكرم والنخل لأن جوازها بالآثر وقد خضع ما هو حديث خبير ولنا
أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخص مالان أهلها كالأصناف في الأشجار والرطاب أيضا
ولو كان كما زعم فلا يصل في النصوص أن تكون معسولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن
يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير
عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فإن دفع فخلافه عمر مساقاة
والتميز يذهب العمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو
استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد الانتهاء والادراك فلو جازناه
لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة إلى العمل

الاتباع الخ فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تابعة فلا كان المراد بقوله والكلام
فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما
لا يذهب على ذي فطانة (قوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض فجعلت المدة) قال صاحب العناية وقوله
لأنهم اتهموا تركت في الأرض دليل الرطبة ولم يذكروا دليل الخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى
يذهب أصوله - دلالة لأنه نهاية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام
أما أولا فلأن كون قوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا
على المجموع لجريانه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية مساومة يعم
المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عندما كان ذلك وأما ثانيا فلأن ما ذكره من العذر لعدم
ذكر المصنف دليل النخل والرطبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى يذهب أصولهما ليس بتمام أما على النسخة
الاولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك أي زمان يذهب أصولهما فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم
فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تنكك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود
وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما أي كان دليل تنكك الصورتين معلوما
لفظها فساد جهالة المدة العدة فلم يحتج إلى ذكره فلأنه يرد عليه أن يقتضي أن لا يذ كر دليل الرطبة
أيضا لأن حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذ كر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل

الانفاء لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنهم اجوزت بالآثر فيها يكون أجر العامل بعض الخارج

(قوله ولم يذ كر دليل النخل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائد على شرط قيام دلالة التمييز بين
وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالقاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنهم الخ)
أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء العقد دفعا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهم ما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرط أنصافا لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنقض موت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكر نظيره في المزارعة وقوله (وهذا خلاف في حق مالي) جواب عما يقال كان للورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخذ من هذا والاول) (٤٨) يعني صورة الموت (سواء العامل بالخيار شاء عمل كما كان يعمل

قال (واذا فسدت المساقاة فلا يعمل أجزم مثله) لأنه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها في معنى الاجارة وقد بيناه في ما فان مات رب الأرض والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر بتخريب ورثة الآخر بين أن يتسما والبسر على الشرط وبين أن يعطو قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لان فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرمو بسرًا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التي بينها (وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلاف في حق مالي وهو ترك الثمر على الاشجار إلى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا قال (واذا انتقضت مدة المعاملة والخارج بسرًا أخضر فهذا والاول سواء وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهم ما لانه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل ههنا لا أجر بخلاف أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والتمر قبل الإدراك لانه يلزم صاحب الأرض ضرر الم يلزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا

لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبي تسير الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في عذأي فيما اذا انتقضت مدة المزارعة لان الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير متبوضة وهي المفقود عليهم فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

(قوله ولو التزم العامل الضرر بتخريب ورثة الآخر بين أن يتسما والبسر على الشرط وبين أن يعطو قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قالت لاشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجل حصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البیان وغيرهما شكذوا وان شأوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى ولا شك أنهم اصريجة في أن ما يرجعون به

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه

بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهم ما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى قلت لاشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجل حصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانها تبقى استحسانا بخلاف ما اذا انتقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لك أن تقول بقاؤها استحسانا كان نظر العامل فاذا التزم الضرر ينقض العقد صرح به في النهاية

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجوز على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره وهو ما يلحقه به ضرره وهنالك كذلك وفي الاخرى عذروا تأويله أن يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما اذا دفع اليه الخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا

بيضاء ليس فيها شجر إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقة ثم لا يجبرها فاني يتيسر المحل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذره وهو ما يلحقه به ضرره وهنالك كذلك وفي الاخرى عذرا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خال اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولتقيقه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو أن يكون عذرا والآخر بالسلب وهو أن لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترتيب الاختياري لان الترتيب الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة حوار الفسخ بالا عذار رواية واحدة فذكر مسئلتهنا هذه بعد ها وبيان وقوع الروايتين فيما يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترتيب الاختياري لا غير فأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطع خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتنى أثره في شرح هذا المحل على هذا المذاهب صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله لم يوقع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الأرض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقموع تسليمها للشجر لاحتمال بل يكون تسليمها لقطع خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطع خشبة مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس بمتقضى الشرط بل يكون الشجر ملكا كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الأرض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون

وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا بالعاق فياقتضيه عذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس

(٧ - تكمله ثامن) وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا بالعاق فياقتضيه عذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس ملكا كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الأرض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا بالعاق فياقتضيه عذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس

وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا بالعاق فياقتضيه عذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس ملكا كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الأرض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون

(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد بلهالة الغراس نصفها أو جميعها الكونهما معدومة عند العقد لا نكرنه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغاً بالصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آله يجعل الأرض بها ستاناً كالصبغ للثوب فإذا فسدت الأمانة بقيت الآلة متصلة بذلك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافاً في الحال للانتفاع في المال فإن الزراعة إنما تكون بانلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح انلاف الحيوان ٥٠ بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك وإعلم أن العراقيين ذهبوا

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

كتاب الذبائح

الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدير ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد بلهالة الغراس نصفها أو جميعها لا اعتبار بمعنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافاً في الحال للانتفاع في المال فإن المزارعة إنما تكون بانلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح انلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح إذ لا انلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم إلا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاعتقوا بذلك وعن

إلى أن الذبيح محظور عقلاً ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراً بالحيوان وقال شمس الأئمة هذا عندى باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه وأوجب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريره فلا يرد الشرع بأباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز

من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بأباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالخامسة للإطفال وتدأويهم بما فيه (قال) ألم لهم والذي كافة الذبيح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمدلنهاية الشباب وذكاء النار بالقصر لتمام اشتغالها ومعنى

(قوله أو شراءه جميع الغراس) أقول منظور فيه ألا يمكن أن يكون طريق تخريج مسألة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما

كتاب الذبائح

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول في كليهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل في الحال للانتفاع في المال (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغیر الله تعالى عما بالشرع فلا يمنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بمحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذي وقوله يأكل أي يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

هـذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيان وغيرها كنفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بامنها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبعاد كل واحدة منها بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغير بينهما في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج كذا في السكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلاام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندى باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بخرجه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تنجيز من حيث صورته فمفعول فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالنجاسة للأطفال وتداوهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيء من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً لا مستدلاً فلا محل لنظره أصلاً (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا واقع على خلاف وضع الكتاب لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهذا لم تقع الإشارة إلى أحدهما وهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بأضمار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضاً مشبه ولا يلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند إسناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند إسناده إلى نفسه ولا يخفى هذا الأعلى من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهم لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بأضمار الفاعل وأراد به نفسه إن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو فورية بلا حريية فانه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الأثر المذكور كما ذكره صاحب الغاية وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو واقع ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذلك لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له راية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حل
الذبيحة) الذبيح شرط حل
أكل ما يؤكل لحمة من
الحيوان

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والترتب على المشتق
 معاول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمة ولان الدم
 حرام لاجتباسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمل لان حلها مابلاد
 ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الحلال في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنفي عن الطهارة ومما قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة
 الارض يسبها يعني أهم اذا ليست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية
 كالجرح فيما بين اللبة) وهى الصدر والخصين واضطرارية وهو الجرح في أى موضع كان من البدن قوله (والثانى كالبدل عن الاول)
 واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح
 أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد وانما محل ذبيحته اذا لم يذكروا
 الذبح اسم عزير المسيح لقوله تعالى وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كالمسيح قال (وذبيحة المسلم والكتابى
 حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابى ذميا (٥٣) كان أو حرى باحلال اذا أتى به مذبوحا أو ما اذا ذبح بالحضور فلا بد من

الشرط المذكور وهو أن
 لا يذكر غير اسم الله تعالى
 (وقوله لما تلونا) إشارة إلى
 قوله تعالى الاماذ كيتم ولما
 استشعر أن يقال الا
 ماذ كيتم عام مخصوص
 بخروج الوثني والممرتد
 والمجوسى فلا يكون قاطعا
 في الافادة ضم اليه قوله
 تعالى وطعام الذين أووا
 الكتاب حصل لكم قال
 البخارى في صحيحه قال
 ابن عباس رضى الله عنهما
 طعامهم ذبائحهم واستدل
 بعض على ذلك بأنه لو لم يحصل
 على ذلك لم يكن لخصم
 أهل الكتاب بالذكاة فائدة
 فان المجوسى اذا اصطاد

لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يجانف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم
 الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتبة
 على المشتق معاول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا
 الكلام منه بل قول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التى هى الذكاة
 على الحكم كالا يحق على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا) وقوله تعالى وطعام
 الذين أووا الكتاب حل لكم) عني بقوله لما تلونا قوله تعالى الاماذ كيتم وهو فى حق المسلم وقوله تعالى
 وطعام الذين أووا الكتاب حل لكم فى حق الكتابى من باب الف والشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو
 الاحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا إشارة الى قوله تعالى

سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل
 التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح
 من فرى الاوداج والخلافوم (وان كان) أى الذابح (صبيبا أو مجنوننا) قال فى النهاية أى معتوها لان المجنون لا قصده ولا بد منه لان التسمية
 (قوله والمرتبة على المشتق معاول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع
 لا ينافي كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يحق على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة
 تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبها بها لا يلزم مرام المقام اذا المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد) أقول
 فيه شئ فان النصارى مثله فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذى
 استشعر أن يقال الخطاب فى ذكيتم للأومنين كالخطاب فى عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يتخلو عن البعداذا يكتفى
 الظن فى أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا فى الافادة
 ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والخفى أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزير (قوله والذبيحة
 يعنى يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علقته باتباعه ما ياردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والختمون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي
ينظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتعالي لان الشرط قيام الملة على ما

شرط بالنص وهي بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا يعني
قوله اذا كان يعقل التسمية
والذبيحة ويضبطه والاقلف
والختمون سواء لما ذكرنا
قيل اراد به الآيتين
المدكورتين وفيه نظر لان
عادته في مثله لما تولى وقيل
اراد به قوله لان حل الذبيحة
يعتمد الملة وهذا ليس
بمدكور في الكتاب والاولى
أن يجعل اشارة الى الآية
والى قوله ولان به يتميز الدم
النجس من الدم الطاهر
وعادته في مثله ذلك قيل
انما ذكر الاقلف احترازا
عن قول ابن عباس رضى
الله عنهم ما فانه يقول شهادة
الاقلف وذبيحة لا تجوز
وقوله واطلاق الكتابي
ينظم كذا ظاهر وقوله
(لان الشرط قيام الملة) فيه
نظر لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط
ويمكن أن يجاب عنه بأنه
شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه
شرط في معنى العلة) أقول
ويجوز أن يجاب أيضا
بأنه لا مانع بتصور منه حل
ذبيحة اذا أتى سائر الشرائط
غير قضية الملة فاذا لم يكن
مانعا أيضا يحل

الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرد والمجوسي فلا يكون
قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه
بحث أما ولا فلان لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذ كيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص
بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو
قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد
وانتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم
ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقوفة والمتردة والمنطجة وما أكل السبع الاماذ كيتم
وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم
فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذ كيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه
ولئن سلم عموم الوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل
العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص
عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناول بهما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض
ما يتناوله بهما هو مستقل غير موصول بهما هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعيا انما هو العام
الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بل لا ريب
ولاشك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى
الاماذ كيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظاهرا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب
هنا بالاجابة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضا أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم
يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله
تعالى الاماذ كيتم بوجه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا
انه عام مخصوص بخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيه فيقتضي أن يضم اليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلان
الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم
أن يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن
الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي افاد حل ذبيحة المسلم أيضا لدلالة ثم ان المراد بالاطعام في قوله تعالى
وطعام الذين أتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعمهم ذبائحهم واستدل
صاحب الكتابي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن التخصيص أهل الكتاب بالذكر
فائدة اذ يستوى الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل أكلها
ورفع عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم
العلم لا يدل على النفي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مداراستدلالهم
المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه
لو لم يحمل على ذلك لخلل التخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا
كبير ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمسك على أصل من لا يقول بفهوم الخفاقة أيضا
اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والختمون سواء لما ذكرنا) اختلف
الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الآيتين
المدكورتين وهما قوله تعالى الاماذ كيتم وقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

قال (ولا تؤكل ذبيحة الجحوسى) لقوله عليه السلام من أكل الكلب غيّرنا حتى نسائم
ولا آكل ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقاداً ودعوى قال (والمرتد) لأنه لا ملة له فأنه
لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابى إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عند تأنيه غير ما هو عليه
عند الذبح لما قبله قال (والرثى) لأنه لا يعتد الملة قال (والهرم) يعنى من الصيد (وكذا الأبوكل
ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في الحرم ينظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الطلال
والحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح الحرم غير
الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع إذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على
الحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسياً أكل) وقال الشافعى
أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابى في ترك التسمية سواء على هذا
الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرعى وهذا القول من الشافعى يخالف
الإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروكة التسمية عامداً وإنما الخلاف بينهم في متروكة
التسمية ناسياً فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهم ما أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه
يحل بخلاف متروكة التسمية عامداً ولهذا قال أبو يوسف والمشافى رحمهم الله أن متروكة التسمية عامداً
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفاً للإجماع

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظيران عاداته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به
قوله لأن حل الذبيحة بعتمد الملة ورده أيضاً صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضاً وهذا ليس عند كور
في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة أن ذلك وإن لم يكن مذكوراً في الكتاب صراحة
الأنه مذكور فيه ضمناً حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال
صاحب العناية والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر
وعاداته في مثله ذلك انتهى أقول فيه نظيران قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وإنما يدل
على كون الذكاة شرطاً لحل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيمب ويميز الدم النجس من اللحم
الطاهر يحصل بذبح الوثنى والجحوسى والمرتد أيضاً مع أن أحداً منهم ليس بأهل للذبح قطعاً وقول المصنف
لماذا كرنا تعليل لاستواء الألقاف والمحتون في الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى ما لا دلالة
فيه على ذلك أصلاً وهو قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما
ذكرناه وهو أن يكون قوله لماذا كرنا إشارة إلى قوله ويحل إذا كان به عقل التسمية والذبيحة وبضبط وان
كان صبيهاً ومجنوناً أو امرأة فإنه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن به عقل التسمية
والذبيحة وبضبط ولا يخفى أن الألقاف والمحتون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما
تدبر تفهيم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل) وان تركها ناسياً أكل وقال
الشافعى تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال صاحب العناية في شرح هذا المجل
ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارياً كان أو اضطرارياً عامداً أو ناسياً قال الشافعى يشمل الجواز
ومالك يشمل العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسياً أكل انتهى
أقول كانه حسب أنه أتى في شرح هذا المجل بكلام يحمل لاقسام المسئلة كاه الكنه أدخل بحق
المقام في تحريمه هذا أما أولاً فلأن قوله عند الذبح ينأى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما
يقضى به قوله اختيارياً كان أو اضطرارياً بالانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط في
الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيستترط كون التسمية عند الأرسال والرعى لا غير وسبب ذلك
في الكتاب أيضاً وأما ثانياً فلأن قول المصنف والشارح المزبور أيضاً فيما بعد وعلى هذا الخلاف إذا

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة
الجحوسى) واضح قوله
بخلاف الكتابى إذا تحول
غير دينه) يريد به من
أديان أهل الكتاب أما إذا
تعبس فلا تؤكل ذبيحته
قال (وان ترك الذابح
التسمية الخ) ان ترك الذابح
التسمية عند الذبح اختيارياً
كان أراضطراً عاماً
كان أو ناسياً قال الشافعى
رحمهم الله يشمل الجواز
ومالك يشمل العدم وعلماؤنا
رحمهم الله فصلوا ان تركها
عامداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل
وان تركها ناسياً أكل
استدل الشافعى

بقوله صلى الله عليه وسلم الم سلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أولم يسم سقى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وإن
 التسمية لم تكن شرطاً للحل لما سقطت بعد النسيان كظاهرة في باب الصلاة فأنما كانت شرطاً لم تجز صلاة من نسي الظاهرة لكنها
 سقطت بعد النسيان سلمنا أن شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في النسيان والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه شمول على
 حياة النسيان دفعاً للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما ذكره وعن الاستدلال بأننا لنسلم الملة فأنما تنفسي إلى التسمية
 بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على النسيان هيئة مذكرة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام
 وهما إن لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذباح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولما منع
 أن يمنع بطلان التالى أيضاً على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزيل بما ذكره في الكتاب يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق النسيان
 وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله مخالفاً لاجماع فواضح
 واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه فإن فيه النهي بأبلغ وجه وهو أن كيداً عن الاستغراقية عن
 كل متروك التسمية وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب لاحتلاله من مذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضي
 الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره أن لو أريد به لجرت الحاجة وظهر الانقياد (٥٥) وارتفع الخلاف في الصدر الأول

لأن ظاهر ما يدل عليه
 اللفظ لا يخفى على أهل
 اللسان وفي ذلك أيضاً من
 الحرج ما لا يخفى إذا لسان
 كثير النسيان والحرج
 مدفوع بقوله تعالى
 وما جعل عليكم في الدين
 من حرج فيحمل على حالة
 العمد دفعاً للتعارض ولنا
 قوله تعالى ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه ووجه
 الاستدلال أن السلف
 أجمعوا أن المراد به الذكر
 حال الذبح لا غير وصلة على
 تدل على أن المراد به الذكر
 باللسان يقال ذكر عليه إذا
 ذكر باللسان وذكره إذا

له قوله عليه السلام الم سلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أولم يسم ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل
 لما سقطت بعد النسيان كظاهرة في باب الصلاة ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها كما في النسيان
 ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه الآية نهى وهو التحريم والاجماع وهو
 ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه السلام قال في آخره فإنك
 إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي يناق في تعميم الذبح في مسألتنا هذه للاختياري
 والاضطراري إذا الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال
 البازي إلى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام الم سلم
 يذبح على اسم الله تعالى سمي أولم يسم) أقول فيه أنه دليله هذا قاصر عن إفادة تمام مدعاه لأن المسلم
 والكلبي في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً وهذا الحديث إنما ينتمض حجة في حق المسلم وحده (قوله
 ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه نهى وهو التحريم) قال في العناية ووجه
 الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به
 الذكر باللسان يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا ذكر بالقلب وقوله ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه
 عن الاستغراقية التي تفيد التأكيدها كيداً العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم
 كل ما لم يذ كراسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل النسيان ذكراً العذر
 كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكركرد فعل الحرج كما أقام إلا كل ناسياً

ذكر بالقلب وقوله (ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه) ونأ كيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل
 للتخصيص فيعم كل ما لم يذ كراسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل النسيان ذكراً العذر كان من جهته وهو
 النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكركرد فعل الحرج كما أقام إلا كل ناسياً مقام الأمسالك في الصوم لذلك وبحال الكلام في الآية
 واسع وقد قررناه في الأنوار والتقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشريع بقوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك
 التسمية عامداً وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فإنه صلى الله عليه وسلم حين
 سأله عدي عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر قال لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

(قوله الم سلم يذبح على اسم الله سمي أولم يسم) أقول ظاهره إقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعاً للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول
 ولنا لا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولأن كلاً ما لم يذ كراسم الله عليه) أقول ظاهر
 كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك الاحتج بظاهر ما ذكرناه من الآية الكريمة فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عاداته في مثله
 لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعني القرن الثالث والأفذهب عطاء أنه لا يجوز أن كل شيء ما بدون ذكر اسم الله عليه
 أو المراد أن السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فإنه من الشرع) أقول الضمير في قوله فإنه راجع إلى النسيان

والمبطل والكتاب في ترك التسمية سواء على هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلاب وعند الرمي لكهفي ذكاة
الاختيار تشتط عند الذبح وهي (٥٦) على المذبح وفي الصيد تشتط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن

ومالك يحج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك من المخرج ما لا يخفى لأن الإنسان
كثير التسميات والمخرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به جرت الحاجة وظاهر
الانقضاء وارتفع الخلاف في الصدر الأول والأقامة في حق الناسي وهو معذور لا بدل عليها في
حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة التسميات ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشتط عند الذبح وهي
على المذبح وفي الصيد تشتط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن المفدورة في الأول الذبح وفي
الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فشتط عند فعل بقدر عليه حتى إذا أجمع شاة وسمى فذبح غيرها
بذلك التسمية لا يجوز ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الإرسال ولو أجمع شاة وسمى ثم رمى
بالشفرة وذبح بالآخرى كل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيد لا يؤكل قال (وبكره أن يذ كرمع اسم الله
تعالى شاة غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل أحداها أن يذ كرمع اسم الله
موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله
لأن الشريعة لم توجد فلم يكن الذبح واقعه إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية
أن يذ كرمع موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان
أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل بغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه
صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يذبح الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد من شهد ذلك بالوحدانية والى بالإع
والشرط هو أن لا يخالص المجرى على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند
الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامسالك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلأن مقتضى قوله أن السلف أجمعوا
على أن المراد به الذبح كحال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولأنا كأعمالهم يذ كرمع اسم الله عليه دالا
على أن لا يؤكل المذبح بالذبح الاضطراري أصلا لأن ذ كرمع اسم الله عليه انما يكون حال الإرسال
والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما يذ كرمع اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يذحل تحت
النهى عن الأكل في الآية المذكورة مع أن حل كل المذبح بالذبح الاضطراري إذا ذ كرمع اسم الله
عليه حال الإرسال والرمي مجمع عليه بل لا ريب وأما ثانيا فلأن قوله إلا أن الشرع جعل الناسي ذ كرا
اعذر كان من جهته وهو الناسي ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذ كرمع
الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لأن جعل الشرع الناسي ذ كرا لا يتصور بدون تخصيص
الناسي من عموم قوله تعالى مما يذ كرمع اسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء عما هو غير محتمل
للتخصيص غير منصورا أيضا فتحقق التناهي بين الكلامين تأمل توقف (قوله ومالك يحج بظاهر ما ذكرنا
إذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لأن قوله مما يذ كرمع اسم الله
عليه يشمل العمدة والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك
بظاهر قوله تعالى ولأنا كأعمالهم يذ كرمع اسم الله عليه فان فيه النهى بأبلغ وجه وهو أن يذ كرمع
الاستغراقية عن كل متروك التسمية وهو باطلا لانه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما
ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحج بظاهر ما ذكرنا هو
قوله تعالى ولأنا كأعمالهم يذ كرمع اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله أن يقول ما نلونا
معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظيره إذ من صاحب العناية في الصفحة الأولى فلا يظهر عندي أن يكون

الطاعة بحسب الطائفة
والمفدورة له في الأول الذبح
وفي الثاني الرمي والإرسال
وقد فرغ على ذلك في الكتاب
تفريعات وهي واضحة
قال (وبكره أن يذ كرمع
اسم الله تعالى شيئا غيره الخ)
المسائل المذكورة ظاهرة
وقوله (ومحمد رسول الله
يكسر الدال) يشير إلى أنه
لو قال غير مكسور لا يحرم
قبل هذا إذا كان يعرف
التحريك وقال التمر تاشي ان
خفوضه لا يحل لأنه يصير
ذابحهم ما وان رفعه حل
لأنه كلام مبتدأ وان نصبه
اختلفوا فيه فقال بعضهم
على قياس ما روى عن محمد
رحمه الله أنه لا يرى الخطأ
في النحوم معتبرا في باب الصلاة
وتحوها لا يحرم وقوله
(حتى لو قال عند الذبح)
إشارة إلى أنه لو قدمه أو
آخره لا بأس به (ولو قال
سبحان الله والحمد لله يري
التسمية حل بلا خلاف)
والفرق لا يبي يوسف رحمه
الله بين هذا وبين التكبير
أن المأمور به ههنا الذكر
قال الله تعالى فاذا كروا
اسم الله عليه باصواف أي
قائمات صففن أي يدين
وأرجلهن وهناك التكبير
وبهذه الألفاظ لا يكون
مكبرا

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحوم معتبرا في باب الصلاة وتحوها لا يحرم) أقول إذ يجوز ولو
أن يكون قصده أفادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تنبت بالشك

(ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا غطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في إحدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال انه تعالى فاسعوا الى ذكر الله ودهمنا الذبح (والذبح بين الخلق واللثة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق واللثة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحصل على ما يدل عليه انظر الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللثة واللحيتين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الخلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللثة واللحيتين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفي رحمه الله في حل ما بقي عقدة الخلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط أيضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الخلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف (٥٧) لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللثة

واللحيتين يجمع العروق والجري فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان واختلاف العلماء رحمه الله في اشتراط ما يقطع منها للسل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالخلقوم والمرى وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداوله اللسان عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر من قول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليهم اصفوا قال (والذبح بين الخلق واللثة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللثة واللحيتين ولانه يجمع الجري والعروق فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان) لقوله عليه السلام أفرألا ودا جعما شئت

مراده بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته أن يقول لما نلتونا فيما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما رونا فيما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما هنا أتى بكلمة جامعة فقال وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولاننا كأولنا ما يذ كراسم الله عليه فحدث عدي بن حاتم الطائي اذا لفصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه السلام أفرألا ودا جعما شئت) قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعده هذا الورود الامر بقرينه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس لم يفرق بين الافراء للاصلاح والافساد بالفرق بينهما ما حيث قال فراء بقرينه شقه فاسدا أو صالحا كفراء وأفرأما انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبب مع والفري قطع للاصلاح كما يفري الخراز الا ان انتهى فعلى هذا لا يتم قوله لم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شأن للذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والأنسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى أفرى أيضا الا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعده في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بقرينه فلعله جرى منه

(٨ - تكمله ثامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفرألا ودا جعما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعده هذا لورود الامر بقرينه احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الاوداج ومائة الاودجان فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق الخ) أقول فيكون المراد بالخلق في كلام القدوري مبداء

فإن الأوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متصرفا ريبب قطع الحلقوم بالافتقار
وجوابه سيبويه واحتج أبو يوسف رحمه الله (٥٨) بأن القلب ومن قطع الودجين إنما هار الدم فينوب أحدهما من باب الآخر

وشي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري
الأن لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وظاهر ما ذكرنا من أن
ما لا يجوز إلا أكثر من أجل بشرط قطع جميعها (وعندنا أن قطعها محل الكل وإن قطع أكثرها فكذلك
عند أبي حنيفة) وقال لا بد من قطع الحلقوم والمري وأحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر
القدروري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمه الله أن هذا قول أبي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير أن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم
قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلقت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع الثلاث أي
ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف وأولنا مرجع إلى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لا تفصله عنه غيره ولو ردد الأمر بغيره
فيعتبر أكثر كل فرد منها ولا ييوسف أن المقصود من قطع الودجين إنما هار الدم فينوب أحدهما عن
الآخر أكل واحد منهما ما يجري الدم أما الحلقوم فيجاء المري فإنه يجري العلف والماء والمري يجري
النفس فلا بد من قطعها ولا يي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام وأي ثلاث
قطعها انفرد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو أن الدم المسفوح والتوحية في إخراج
الروح لأنه لا يجيء بعد قطع يجري النفس أو الطعام

أذن من من سيجري اسم
أما الحلقوم فيجاء المري
فإن المري يجري العلف
والماء والحلقوم يجري
النفس ووقع في بعض
النسخ بالعكس وليس يجيد
فلا بد من فله وسماو
قريب وجوابه سيبويه
واحتج محمد رحمه الله بأن
كل فرد منها أصل بنفسه
لا تفصله عنه غيره ولو ردد
الأمر بغيره والأكثر يقوم
مقام الكل فيعتبر أكثر كل
من الأمور الأربعة وهو
أقرب كما ترى واحتج أبو
حنيفة رحمه الله بأن الأكثر
يقوم مقام الكل في كثير
من الأحكام وأي ثلاث
قطعها فقد قطع الأكثر
منها وما هو المقصود يحصل
بها وهو أن الدم المسفوح
والتوحية أي التجميل في
إخراج الروح لأنه لا يجيء
بعد قطع يجري النفس
أو الطعام وبهذا يحصل
جواب أبي يوسف

على استعمال فري بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره
فما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والأفراء مطلقا كما ذكره في
القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الأوداج
ومائة الأوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لأن
الحيوان لا يعيش بعد قطعها ما أقول رد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق
الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري إذا الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى
وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لأنه لا يجيء بعد قطع يجري النفس
أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل بشرط قطعها معا وقال في العناية بعد ذكر
الاحتجاج المسطور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظ فلان الأوداج دلالة لها على الحلقوم والمري أصلا
وأما معنى فلان المقصود بالدم النجس وهو أنما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره في وجه
ضعفه لفظ ليس بسديد إذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الأوداج على الحلقوم والمري بأنه
جمع الأوداج ومائة الأوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم
والمري فلا معنى بعد ذلك لجردني دلالة ما عليهم ما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله إلا أنه لا يمكن
قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لأن
المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة جعل الأوداج على الاستغراق حيث
بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل فيثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول
ليس هذا بشيء لأن ما سيجي عن كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وإن اقتضى جعل الأوداج
على الاستغراق إلا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

(قال المصنف فثبت قطع
الحلقوم باقتضائه) أقول
فيه بحث لأن المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره
في تعليل أبي حنيفة جعل
الأوداج على الاستغراق
حيث بنى تعليله على قيام
الأكثر مقام الكل فيثبت

يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أي بقطعها على ويخرج
حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أي التجميل بالحاء المهملة (قال المصنف لأنه لا يجيء بعد قطع يجري النفس والطعام)
أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول أنما يحصل جوابه إذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه
الالف واللام وليس عمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس أفراد حقيقة والانصراف الى
الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان
الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب (٥٩) الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم
الاكثر فكانه لم يقطع شيئا

وربما لوح الى هذا بقوله احتياط الجانب الحرمة
قال (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح
بالظفر والقرن والسن
المنزوعة جائز مكره وأكل
الذبح بها لا بأس به وقال
الشافعي رحمه الله هو ميتة
لقوله صلى الله عليه وسلم
كل ما أنهر الدم وأفرى
الاوداج ما خلا الظفر
والسن فأنهم ممدى الحبشة
استنهما بالاطلاق عما
يجوز أكله في تناول الحرمة
بالمنزوع والقائم ولان الذكاة
فعل مشروع وأنهر الدم
بها مطلقا غير مشروع فلا
يكون ذكاة كغير المنزوع
ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام أنهر الدم بما شئت
ويروى أنهر الاوداج بما
شئت وهو باطلاقه يقتضي
الجواز بالمنزوع وغيره
الأناتز كذا غير المنزوع بما
رواه الشافعي فان فيه دلالة
على ذلك وهو قوله عليه
السلام فأنهم ممدى الحبشة
فأنهم لا يقلون الاظفار
ويجسدون الاسنان
وبقائون بالخدش والعض

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان
الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياط الجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن
والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبح ميتة
لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فأنهم ممدى الحبشة ولأنه فعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفرى
الاوداج بما شئت ومارواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره
ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أعنى
العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توههم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين
فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب) أقول لفائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معاز زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكاة أولى عنه
أبي حنيفة أيضا بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة
بما يجب الاحتراز عنه على ما تقر في كثير من قواعد الفقهاء مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع
الجميع أولى عنه أبي حنيفة أيضا فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الف واللام
وليس عمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس
أفراد حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
فيه بحث فأنه انما يحل على الجنس اذا تميز رحمه الله على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى أقول
ليس لهذا الاراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى
يمكن أن يورد عليه أن المعروف بالالف واللام انما يحل على الجنس عند آرباب علم الاصول اذا تميز
حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراد حقيقة لان اطلاقه
على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أى فيما يكون ما تحتها
من أفراد حقيقة فصار حاصلة في جواز الحل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الاراد المذكور أصلا (قوله
وقال الشافعي المذبح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فأنهم ممدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه
في البعض فان القرن أيضا داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز كل
المذبح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ما عداه ما في حكم المستثنى منه
(قوله ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه
محرم فهو ممنوع عنه نابل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكره فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة
حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فأنه مكره عندنا ولكنه ذكاة يجوز كل المذبح به كما أفصح عنه
المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل

وهذا معنى قوله ومارواه محمول على غير المنزوع

(قوله وليس عمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس عمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحتها ليس أفراد
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فأنه انما يحل على الجنس اذا تميز رحمه الله على الاستغراق وههنا ليس
كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراد أى ليس من أفراد مفردة وقوله حقيقة أى ليس من أفراد حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه الجارحة) جواب عن دليله المعقول ونقير زمانا لانسلم أن انهم ارا الدم بالتظفر والسن المنزوعين غير مشرووع فانه اى كل واحد منهم ما له جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالبطة والجحر واخذ يدو السكين الكليل وبقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ تفسيرها البطة بكسر اللام تفسر

(٦٠)

ولانه آله جارحة يحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالجحر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المتخفة وانما يكره لان نية استعمال جزء الادنى ولان فيه اعسار على الحيوان وقد امر نفيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالبطة والمروعة كل شئ أهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المنزوح به مائة لما ينال ونص محمد في الجامع الصغير على أنه مائة لانه وجد فيه نفا واما المجذبة فصاحت في ذلك فيقول في الحل لابس به وفي الحرمة يقول بكره ولم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرة) نقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرة ويلرح ذبيحته ويكره أن يضح بها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلاً أصبح شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تتم امواتك لحدتها قبل أن تضج بها قال (ومن بلغ بالسكين الخناق أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والخناق عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنزع الشاة اذا ذبحت وتفسر به ما ذكرناه وقبل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقبل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وعذ لا في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنزع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعد الذكاة فلا يكره النزع والسلخ الا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما شوذ كذا ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصارك اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاة الذبح وما توحش من النعم فذكاة العفرو والجرح) لان ذكاة الاضطراب اصاب اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر أو وقع العجز عن ذكاة الاختيار)

لشافعي عن المصادر على المطلوب كما ترى (قوله والخناق عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب الخناق خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والنخاع والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سمها انما ذلك الخناق الباء يكون في القفا ومنه ينجع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالنجع أبلغ من النزع انتهى وذ ك صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هتامن عند نفسه حيث قال فسر المصنف بانه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلاً يسمى بالخيوط أصلاً الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذكور مرود لان ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشاء والحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيباً أولياً كالعضل أو ثانياً كالعين أو ثالثاً كالوجه ثم الرأس مثلاً على

بالثقل فيكون في معنى المتخفة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تتم امواتك قبل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لان المنزوح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكلمات وما نحن فيه ليس منها والخناق بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسر المصنف بانه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلاً ثم ذكر المصنف رحمه الله الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قد مر أن الذبح الاضطرابي بدل عن الاختيارى فلا يصير الى الاول قبل العجز

عن الثاني وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب الى قوله وما ثم شئ يسمى بالخيوط أصلاً) أقول وفي القاموس الخناق مثله الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

لا يحل الأكل بذكاه

الاضطرار في الوجهين)

يعني ما توحش وما تروى لأن

ذلك نادر والنادر لا حكم له

قلنا لا نسلم النادرة وأن

كانت فالمعتبر حقيقة

العجز وقد تحقق (وقوله

وفي الكتاب) يريد به القدوري

وكلامه واضح والتحرر قطع

العروق عند الصدر والذبح

قطعها تحت اللجين

والمستحب في الأبل الأول

وفي غيره الثاني والعكس

يجوز ويكره لما ذكر في

الكتاب (وقوله لمعنى في

غيره) أى في غير الذبح وهو

ترك السنة (وقوله أشهر)

معناه ثبت شهره مثل

أعشب المكان وكلامه

واضح خلا أنه لم يجب عن

الحديث الذي استدل به

لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه

روى ذكاه أمه بالرفع

والنصب فإن كان منصوباً

فلا إشكال أنه تشبيه وإن

كان مرفوعاً فكذلك لأنه

أقوى في التشبيه من الأول

عرف ذلك في علم البيان

فيل ومما يدل على ذلك تقديم

ذكاه الجنين كما في قوله

وعينك عيناها وجيئك

جبيها سوى أن عظم

الساق منك دقيق

فصل فيما يؤكل

وما لا يؤكل

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاه الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البذل كيف وألا نسلّم النادرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة إذا نذت في الصحراء فذكاه العقر وان نذت في المصر لا تحل بالعقر لأنم لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدّر على أخذهما وإن نذت في المصر فيتحقق العجز والصيال كالنذ إذا كان لا يقدّر على أخذها حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاه حل أكله قال (والمستحب في الأبل الحرفان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحره ما جاز ويكره) أما الاستحباب فلما وافقه السنة المتوارثة ولا اجتماع العروق فيها في المنحر وفيه ما في المنحج والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافاً لما يقوله مالك أنه لا يحل قال (ومن نحرقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل أشعر ولم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رجهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله إذا تم خلعه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاه الجنين ذكاه أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاؤها ويتنفس بتنفسها وكذا حكمها حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها وإذا كان جزءاً منها فالجرح في الأم ذكاه عند العجز عن ذكاهه كافي الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعدموتها وعند ذلك يفر دبال ذكاه ولهاذا يفر دبال يجب الغرة ويعتق باعتاق مضاف إليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى وما هو المقصود من الذكاه وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بالجرح الأم إذا هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يحل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصاً في مقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريراً لجوازه كي لا يفسد باستئناؤه ويعتق باعتاقها كي لا يفصل من الحرية ولدرقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخالب من الطيور) لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذى ناب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكاه عقيب النوعين فينصرف إليهما ما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخالب أو ناب

ما بين كلمة في كتب الطب فإن أراد بقوله ومائة شيء يسمى بالخطب أنه ما في الأعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخطب فهو مسلم لكن لا يجدي شيئاً إذ لم يقل أحد بأن الخنازع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شيء من تلك الأعضاء بالخطب أن لا يكون الخنازع خطباً وإن أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقاً شيء يسمى بالخطب فهو ممنوع جداً كيف ولا شك أن الخنازع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخطب منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صاحب الجوهرى فإنه قال فيه وهو الخطب الأبيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فإنه قال فيه والخنازع مثانة الخطب الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول ذالمقصود الأصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الأكل وقدم الذبح لأن وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر (قوله وقوله من السباع ذكاه عقيب النوعين فينصرف إليهما ما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخالب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا أقره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع لينى على ذلك

قوله (كي لا بعدو شي من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل
 سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بنوع الخطفة ما يختطف بقلبسه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذى النبهة ما ينتهب بنابه من
 الارض كالاسد والثعلب (قوله ويدخل فيه الضبع والنعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لهما كالذئب فيكون الحديث حجة على
 الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضى الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل كل لجه فقال نعم فقيل
 أي سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢٢٢) فقال نعم فلا يكون حجة أوجب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان

دع وقد قيل انه كان في
 التمسده ثم نسخ بقوله
 تعالى ويحرم عليهم الخبائث
 وابن عرس دويبة والرخم
 جمع رجة وهو طائر أبلق
 يشبه التسرفي الخلقة
 والبعث ما لا يصيد من
 صغار الطير وضعافه وأما
 الفسراب الأسود والابقع
 فهو أنواع ثلاثة نوع
 يلتقط الحب ولا يأكل
 الجيف وليس بمكروه ونوع
 منه لا يأكل الا الجيف
 وهو الذي سماه المصنف
 الابقع الذي يأكل الجيف
 وانه مكروه ونوع يخلط
 بأكل الحب مرة والجيف
 أخرى ولم يذكره في الكتاب
 وهو غير مكروه عند أبي حنيفة
 مكروه عند أبي يوسف (قوله
 وكذا الغداف) وهو غراب
 القميظ لا يؤكل وأصل ذلك
 أن ما يأكل الجيف فلهمة
 نبت من الحرام فيكون
 خبيثا عادة وما يأكل الحب
 لم يوجد ذلك فيه وما خلط
 كالذجاج والعقري فلا بأس
 بأكله عند أبي حنيفة وهو
 الأصح لان النبي صلى الله

والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاداة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا بعدو شي
 من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالا كل ويدخل فيه الضبع والنعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي
 رحمه الله في اباحتهما والقيل ذوناب فيكره والربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا كل
 الرخم والبعث لانهم يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف
 وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) وقال أبو حنيفة لا بأس
 بأكل العقري (لانه يخلط فأشبهه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال
 (ويكره أكل الضبع والضب والسلفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلماذا كرنا وأما الضب
 فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضى الله عنها حين سأله عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير ينظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من
 السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يمتنع هذا التقرير ولو وصحت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله
 من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالا انصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله
 لان قوله وكل ذى ناب أولى بالا انصراف اليه لكونه أقرب ليس بتمام لان كونه أقرب انما يقتضى أولوية
 انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لاني النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليه مابعا
 فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو أي أن تكون البيان
 المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصر وفا الى النوعين جميعا اذا المتبادر أن يكون كل
 من البيانين قيد الماقرن به من أحد النوعين مذكورا بازاءه إلا أن حرف كيف يبنى الحكم الشرعي على
 ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاداة) قال
 الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع
 البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب الى آخر
 ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع
 وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا كل الرخم والبعث لانهم يأكلان
 الجيف) الرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يشبه التسرفي الخلقة يقال له الأنوق كذا في الصحاح والبعث
 طائر أبيض الى الفسرة دويبة الرجة بطي الطير ان كذا في الصحاح أيضا معزى الى ابن السكيت وقال في
 القاموس البعث مثلثة الاول طائر غير انتهى قال جهور الشراح هنا البعث ما لا يصيد من صغار الطير
 وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ومحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب
 أما ولا فلانه يتناول ما يؤكل لجه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لجهه بخلاف كما صرح به في أوائل
 كتاب الصيد والذباح من فتاوى قاضيان وأما ناسا فلان كثيرا ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه
 لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبعث المذكور في الكتاب ما فسر به لم

عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلماذا كرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذوناب وهي
 (قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجوده ما
 في كل سبع (قوله والبعث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لجهه أيضا كالعصفور
 (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهم ما هو أيضا يؤكل كل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
 وهو العقري فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأثنى له أثبات الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجده نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآ كين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الأصل أن الحاضر والمبج إذا تعارض يرجح الحاضر على أن المبج مؤول بما قبل التحريم ولا تؤثر كل الخبر الأهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي إلى إباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبهاً بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها سألت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلى محرم إلا ية ويجد في غالب بن أبي جبر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى إلا حيرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من ميم مالك واستدل بالاجمى أكل الوحشى وهو ضيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجور والدليل على ذلك حرمة الأشياء الحرمية الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلا نه مؤول بكل عنها وأما الاستدلال فإلان من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصاً عليه والنص الذاهي عن لحوم الجور الأهلية قائم فبطل القياس قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أقول (٣٦٣) قال العلامة الكاكي أي لأن الضب

من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لائاً كل لحم البعير يتناول نهيه كل الأفراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجور) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خير كان بعد الهجرة (قال المصنف ولا ي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والا كل من أعلى منافعها

وهي حجة على الشافعي في إباحته والزنبور من المؤذيات والسحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقية له شئ وانما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها قال (ولايحوزاً كل الجور الأهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهـ در المتعة وحرم لحوم الجور الأهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الجور الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا ي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والا كل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهم ماياً كان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسرهم الشراح به ههنا فإنه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئاً من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزى إلى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضاً تبصر ترشد (قوله وانما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية

(الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه ان لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً ان لا يقصد منه غيره أصلاً ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الجور الأهلية حُرمت عام مخبراً انتهى قال الكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان عطلق النعمة أمالو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الر كوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق به البقاء في الجملة فسلم لكن غيره بسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الر كوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الر كوب والزينة في الخيل يحصل على السكال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنمة كالأ دى فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالا كل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا ووجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ومنفعة الاكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الر كوب والزينة في النعمة على أن نقول ان الر كوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة به او منفعة الاكل في الخيل فوق الر كوب يتعلق البقاء دون الر كوب وأما قوله غسيرة يسد مسده في يتعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الر كوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركو بامتنعابه في ذاته ثبت أنه مال متقوم وحمل للبيع وفيه كلام لا يخفى

وعتق بأدناها ولأنه آله أرباب العبد وفيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنمية ولأن
في إباحته تقليل آله الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم
قبيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبسه فقد قيل لأبأس به لانه
ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولأبأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه السلام أكل منه حين
أهدى إليه مشويًا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف
فأشبهه الطي قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الأديم والخزير) فان الذكاة
لا تعمل فيه ما لا أديمي فحرمته وكرامته والخزير لخصاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر
في جميع ذلك لانه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تتبع بدون الأصل وصار
كذبح الجوسى ولنا أن الذكاة تؤثر في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي الخمسة دون ذات الجلد
واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل الجوسى أمانة
في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يظهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له ول
يجوز الانتفاع به في غير الأكل قبيل لا يجوز اعتبار الأكل وقيل يجوز كزيت إذا خالطه وذلك الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينفع به في غير الأكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال
مالك وجماعة من أهل العلم بطلان جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن
الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم وقوله تعالى أحل لكم صيد البحر من
غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور وماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الأشياء إذا لم يورى

أي لأن الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طيب
لمريض لأننا كل لحم البعير يتناول منه كل أفراده انتهى واقتنى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لأن
الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن
ترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً من قبيل
أن ترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذلك
الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه أعانته كراهة الحشرات كلها لأن الضب منها وقد ورد في
كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس
لاشتراكها في كراهة الضب ثم أقول لم يتشعرى لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات
كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث
فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح
لانه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فخاراً بك فيه قال التحريم انتهى
أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في
هاتيك المسئلة منحصراً في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس
كذلك بل المروى عنه فيه الفظان أحدهما لا يجزئني أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما
أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فبني اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما
صرح به الشراح فاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتهليله المذكي وروى عن أبي
اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فانه روى عنه رخص بعض العلماء
في لحم الخيل فأما أنا فلا يجزئني أكرهه وهذا يلوح إلى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على
التحريم على ما روينا عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

وعتق بأدناها بأنه ترك ذكر
الجل عليه فينبغي أن لا يحل
الجل عليه وهو فاسد فان
الكلام في أن تركه على
النعم والذهب إلى مادونه
دليل حرمة الأعلى والجل
ليس كذلك وقوله (والاول)
يعني كون الكراهة
للتحريم (أصح) لانه روى أن
أبا يوسف سأل أبا حنيفة
رحمه الله إذا قلت في شيء
أكرهه فخاراً بك فيه قال
التحريم ومبني اختلاف
المشايخ رحمه الله في قول
أبي حنيفة رحمه الله
على اختلاف اللفظ المروى
عنه فانه روى عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل
فأما أنا فلا يجزئني أكرهه
وهذا يلوح إلى التنزيه
وروى عنه أنه قال أكرهه
وهو يدل على التحريم على
ما روينا عن أبي يوسف
رحمه الله (قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء إلا السمك)
واضح

والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله (والجثة عليه ماروينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنه أتوكل لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك أن قتلها طير الماء وغيره وكذلك أن ماتت في حب ما لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك أن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو بقاءه على أخذها بغير صيد فن فيها كذلك وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه يظهر لموتها سبب وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيء ألقاه في الماء لتأكل منه فانت (٢٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انفخر عنه

الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انفخر عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحرق والبرد روايتان) أحدهما أنها أتوكل لأنه مات بسبب حادث فكان كالألقاه الماء على اليدين والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحرق والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الاضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحي وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبهه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليكم الخبثات وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياذ وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبدة والطحال قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله لا بأس به لاطلاق ماروينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلانا كما روى عن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا مامات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد لأن يقطع إلا خذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر وهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائرهم والجثة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كاه كاه وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى وعند الناموس يقف المبرزعليا منها إذا قطع بعضها فبات يحل أكل ما بين وما بقي لأن موته بآفة وما بين من الحي وإن كان ميتا فينته حلال وفي الموت بالحرق والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

أقول الظاهر أن ضميرهم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور أن لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكاب والانس كما مر ذلك أيضا ذلك على ذلك القول بلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول لا يذهب على القطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لاطلاق ماروينا وإطلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(٩ - تكمله ثامن) والباء وسبقت أحدهما بالسين فقلب الواو ياء وأدغمت الباء في الباء وكسرت الحاء لتناسب الباء ويجمع على أضاحي بتشديد الياء قال الاضحي وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية

(قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر) أقول فيه بحث فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتل الطيف في كونها إضافة إلى المكان وجوابه إن مراده لامامات فيه بغير آفة توفيها بين الروايتين

(كتاب الاضحية)

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الأولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لأنهم أذبحوا خاصة

وهذا بابا وأختناه وأخفى كارتاة وأرطى وقال الفراء الاضحية يذكرو ويؤثت وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحية وشرائطها استذكر في أننا الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا وكذا اذا اذمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرار الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحية فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك وما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كمتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفقر عدمه (٦٩) وعنى واجبة بالقدر الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في أول

يوم النحر ولا يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدر الميسر لكان دوامها شرطا كما في الزكاة (قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذا الافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد بحقيقتها لان الاعيان توصف بالحكمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففهم ما ترى ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن

مناقشة عني أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في العقل فهو وانما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنهه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال غير الذي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر دخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الدخلة في مفهومه تصورا له بالكنهه ولا شك أن معنى الذبح اخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فية وقف تعقلا على تعقل معنى الذبح فيةم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل توقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الاضحية انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الاضحية ولم يذكروا في واحد منها عموم الاضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحية انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحية من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحبها الكافي والكفاية هي ما يضحى بها أي يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحية وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما أثر عا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمزبسن مخصوص وهو الثاني فصاعدا من هذه الأنواع الاربعة والذبح من الضأن يذبح بنسبة القرية في يوم مخصوص وهو يوم الاضحية عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحية انتهى أقول يرد على ظاهره أن الاضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد دلح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قارهن في الشريعة ما يذبح في يوم الاضحية بنسبة القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بمحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبح نفسه وهذا كما قيل في تعريف

مخصوص لثلاثة تعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه قال أو عكسه (قوله اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المشتري اذا كان فقيرا حين اشترى شاة لم يضح حتى مضت الأيام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذا ليس في الفقير قدرة لا ميسرة فذلك لا لا اشتراء بنسبة الاضحية لا القدرة فليتأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبه ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتري شاة في يوم النحر وسبق قول انما شبهه الزكاة من حيث انما تسقط به لاله المال قبل مضى أيام النحر كانه تسقط به لاله النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط به لاله المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعبر فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخراج حيث تسقط بهلك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من إقامته تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الأهلك النصاب فدل أن وجوبه بالقدرة الميسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبه بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لأنهم أوطئوا قيمة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية فيشتروا فيها الغنى كما في صدقة (٦٧)

الضحية واجب على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وأحمد والرواية عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن ينحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لو جبت على المسافر لأنهم لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتبة العلم بمحصل صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريفة الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسنن مخصوصة لا ينقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجب عنه أيضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فإن المراد بالمخصوص ما يعين المخصوص النوعي وهو الأنواع الأربعة الأبل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضا وهو الشيء فصاعدا من الأنواع الأربعة المذكورة والجدع من الضأن وحده فلا ينقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره المكان أظهر لكنه سلك مسلك الأجل اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الأداء أما شرائط الوجوب فالذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الأداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الآن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو والمبهم في هذا الكتاب فإن سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيما يأتيها يمكنه أو ميسرة لم يذكر في أصول الفقه ولا في فروعه أما الأول فأقول وبالله التوفيق إن سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به إذا حصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثا به سببا أو كذا إذا لازم فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره والوقت ظاهر وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر والمكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الإضافة في الاضحية لم توجد في حق المال ألا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى أقول فيه نظر لأن الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبب الوجوبها لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر إذ قد تقر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا إلى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلا إلى المنسوط أصلا بل كان وجودا للمشروط متوقفا عليه ومن المتع أن يكون شيء واحد موصلا إلى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة أن الوقت سبب وجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرط بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية)

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وأحمد والرواية عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن ينحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لو جبت على المسافر لأنهم لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتبة العلم بمحصل صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريفة الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسنن مخصوصة لا ينقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجب عنه أيضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فإن المراد بالمخصوص ما يعين المخصوص النوعي وهو الأنواع الأربعة الأبل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضا وهو الشيء فصاعدا من الأنواع الأربعة المذكورة والجدع من الضأن وحده فلا ينقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره المكان أظهر لكنه سلك مسلك الأجل اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الأداء أما شرائط الوجوب فالذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الأداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الآن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو والمبهم في هذا الكتاب فإن سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيما يأتيها يمكنه أو ميسرة لم يذكر في أصول الفقه ولا في فروعه أما الأول فأقول وبالله التوفيق إن سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به إذا حصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثا به سببا أو كذا إذا لازم فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره والوقت ظاهر وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر والمكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الإضافة في الاضحية لم توجد في حق المال ألا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى أقول فيه نظر لأن الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبب الوجوبها لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر إذ قد تقر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا إلى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلا إلى المنسوط أصلا بل كان وجودا للمشروط متوقفا عليه ومن المتع أن يكون شيء واحد موصلا إلى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة أن الوقت سبب وجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرط بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية)

ثم نسخ
(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليقلل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة

الفطر ليس بل يصير الموصوف به أهلا لا اغناء إذا لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فإن قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لأن من لم يتصف به يكون أهلا لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها التمتنا في بين ما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأمور به من كتب الأصول فراجع

قول في العناية أخذ من النهاية وهي واجبة بالقدر الممكنة بدليل أن المؤسرة المسترى شاة لا ضحية
 في أول يوم النحر ولم يضح حتى غشت أيام النحر ثم اقتصر ككان عليه أن يتصدق بعينها أو بغيرها
 ولا تسقط عنه الاضحية فتر كانت بالقدر الميسر لكان دوامها شرطاً كما في الزكاة والعشر والخارج
 حيث تسقط لانه لثواب وانخراج واصفهم الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من اقامتها انما
 قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب ادائها لثواب النصاب فدل أن وجوبها بالقدر الميسر لا بالاستعانة بالنصاب
 لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها اوضيعة مالية تنظر الى شرطها وهو الحرية
 فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك لان القرب
 المالية قد تحصل بالاتلاف كالاتاق والمضحي ان تصدق بالحم فقد حصل النوعان أعنى التملك
 والاتلاف بآراقة الدم وان لم تصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على قوله
 بدليل أن المؤسرة اذا اشترى شاة لا ضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه
 ان المسترى اذا كان فقيراً حين اشتراءها لم يضح حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على
 مطاوعه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا ميسرة فذلك لا يشترى بنية الاضحية لا لقدرة فليست تأمل
 انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد في أن علة وجوب الاضحية على المؤسرة هي القدرة على
 النصاب وانما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الاضحية على المؤسرة هل هي القدرة الممكنة أم
 القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكر في فتاوى قاضيان
 وهي أن المؤسرة اذا اشترى شاة لا ضحية في أول أيام النحر لم يضح حتى مضت أيام النحر ثم اقتصر كان
 عليه أن يتصدق بعينها أو بغيرها ولا تسقط عنه الاضحية واقفي أثره صاحب العناية ولا نك في استقامة
 هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدر الميسر لكان دوامها شرطاً على ما تقر في علم الاصول ولا يضره
 اشتراك المعسر مع المؤسرة في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بغيرها لان علة الوجوب
 في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلة في المؤسرة هي القدرة لا الاشتراء بنية
 الاضحية كما صرحوا به أيضاً فبعد أن تقر بأن علة في المؤسرة هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلاً
 واضحاً على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على أن اشتراك المعسر مع المؤسرة في حكم
 تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسراً أو التصديق بعينها واجبة لا غير بخلاف
 ان كان مؤسراً كما سيجي في الكتاب مفصلاً وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت
 يدل على أن وجوبها ليس بالقدر الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم
 النحر اقول وليس هذا أيضاً بشئ لأن مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضى الوقت لا سقوطها
 بالكلية في حق المقيم أيضاً فان الاداء وهو تسليم عين الشاة بالامر بقوت بعض الوقت في الواجبات
 المؤقتة مطلقاً لان الوقت شرط لادائها على ما عرفت في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب
 بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الفاتت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضاً ما عرفت في أصول
 الفقه وقد تقرره أيضاً أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول
 كالغذية للصوم وثواب النفقة للرجوع وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان أداءها في وقت آبارقة الدم
 وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها أو بغيرها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض
 الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدر الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم
 يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل
 أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم النحر
 فان التضحية بآراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعد قضاءها وهو انما يكون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعةي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقابلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقابلة في غير الحرام وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) (٦٩) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به

فخصه عن الاختصاص (والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بأن السنة أيضاً مفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يفضي إليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تبيين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الضحية وهو أقوى جرحاً من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من مصداقاً ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولا ينافي بزيادة يضاهيها أو يفتي باليوم الاضحي وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويقوت بعض الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهولة والتخفيف والعنصرية منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بقيتها لا غير ثم قال ذلك البعض وسبق قول المصنف أنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصرح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة إلى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لأن الضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقفات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما ثبت آخر الوقت ذهناً يتوجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك الآن بانه بالترك لا قبله حتى إذا مات في الوقت لأشئ عليه والاضحية من هاتيك الموقفات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقت النحر سبب وجوب أدائها إذا كان بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيتها بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطابقة دون الموقفة كما نص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها بالبقاء الواجب ألا ينقلب إلى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الضحية أيضاً هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الضحية أداء وقضاها بهلاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة ومما إذا المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الأحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب حيث قيد بهلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصرح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من مصداقاً ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعةي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقابلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقابلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الأول بأن

معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من كل من هاتين الشجرتين فلا يقربن من مصداقاً مع أنهما ليس بهرم فليمتأمل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (على ما قيل) يشهد إلى أن في تفهيمها اختلافاً لا وقت ذكرنا ما يوافق تفهيم المصنف وذكر في الإيضاح أنه عبارة عما إذا وقعت
التأني أو التأني في أول قوله عباداً كل وأما معنى من رخصة بالاضحية وعرض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية
ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام فحقوا فأنهم أسنة أيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة
والسنتين افتة أن يراهما الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض

على ما قيل وإنما اختص الرجوب بالحريه لأنها وظيفة مالية لا تأدى إلا بالمالك والمالك هو الحر
وبالاسلام لكونه اقرب به وبالاتامة لما بيننا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به
صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحية لأنها مختصة به وسنتين مقداره ان شاء الله تعالى
وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما
في صدقة الفطر وهذا ذرواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو
ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس عونه وبلى عليه وهما موجودان في الصغير
وهذه قرينة بخلافه والاصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير وهذا لا تجب عن عبد وان كان
يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد وذر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لامن مال الصغير فالتخلاف في هذا
كالتخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز الاضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً لأن هذه القرينة تأدى
بالارافاة والصدقة بعد ما تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن
يضحي من ماله وبأكل منه ما يمكنه ويتناع بما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض وإنما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الزام فان
قوله فحقوا أمر وهو للوجوب وقوله فأنهم أسنة أيكم أي طريقتهم فالسنة هي الطريقة المساوكة في الدين
وعن الثالث بأنهم ما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراهما الناس واجبة على المعسرين انتهى
أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فإن القول بأنه مشترك الزام ليس بصحيح لأنه لما كان قوله
فحقوا أمر أو كان الأمر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله فأنهم أسنة أيكم على الطريقة المساوكة
في الدين وهي نعم الواجب أيضاً تعين جانباً ما لم نشترك في الزام قط فالصواب في تقريره الجواب عن
الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله فحقوا دليلنا لأنه أمر فيعيد الوجوب وقوله فأنهم أسنة
أيكم لا ينفي الوجوب لأن السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض
الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال فيه بحث فإنه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب
المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع
تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب
بالنظر إلى ما هو المقصود منه وإنما يكون ذلك معارضة أخرى لا يصل المدعى ولعل وجهه والشراح انما لم
يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعية أغبر صالح للمعارضة لما روي أن الدارقطني أخرجه عن جابر
الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب
التنقيح وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحية لأنها
مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لأن قوله وبالوقت عطف على قوله بالحريه في قوله وإنما اختص

وأنما هي واجبة وعن
الثاني أنه مشترك الزام
فإن قوله فحقوا أمر وهو
للوجوب وقوله فأنهم أسنة
أيكم أي طريقتهم فالسنة
هي الطريقة المساوكة في
الدين وعن الثالث بأنهم
ما كانا لا يضحيان في حالة
الاعسار مخافة أن يراهما
الناس واجبة على المعسرين
وقوله (وأنما اختص
الوجوب بالحريه) بيان
لشروط المذكورة في أول
الباب وقوله (لما بينا)
إشارة إلى قوله غير أن الأداء
يختص بأسباب يشق على
المسافر أن يضارها وقوله
(لما روي) إشارة إلى قوله
من وجد سعة ولم يشق
الحديث وقوله (سنتين
مقداره) أي مقدار الوقت
وقوله (لا تجب عن ولده)
يعني سواء كان صغيراً أو
كبيراً إذا لم يكن له مال وهو
ظاهر الرواية وعليه
الفتوى وروى الحسن عن
أبي حنيفة رحمه الله أنها
تجب عليه وقوله (والاصح
أن يضحي من ماله) أي
من مال الصغير (وبأكل
أي الصغير من الاضحية

التي هي من ماله ما يمكنه ويتناع بما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمختل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا قال
روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في الجها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل
(قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فإنه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم ما عن النبي
عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويذبح عن كل واحد

منهم شاة) كلامه واضح
قوله (وكذا اذا كان نصيب
أحدهم أقل من السبعة
لا يجوز) كما اذا مات وتراء
امرأة وابنا وبقرة فضحيا
بها يوم العيد لم يجز لان
نصيب المرأة أقل من السبع
فلم يجز نصيبها ولا نصيب
الابن أيضا وقوله (يجوز
في الأصح) احتراز عن قول
بعض المشايخ رحمه الله
انه لا يجوز لان لكل واحد
منهما ثلاثة أسباع ونصف
سبع ونصف السبع لا يجوز
في الأصحية واذا لم يجز
البعض لم يجز الباقي ووجه
الأصح ما ذكره في الكتاب وبه
أخذ الفقيه أبو الليث
والصدر الشافعي رحمه الله
وقوله (الا اذا كان معه شيء
من الأكرع والجلد) بأن
يكون مع أحدهما بعض
اللحم مع الأكرع ومع الآخر
البعض مع الجلد صرفا
للجنس الى خلاف الجنس
وقوله (اعتبارا بالبيع) لان
في القسمة معنى التملك فلم
يجز مجازة عند وجود القدر
والجنس وقوله (وقد
أمكن) يعني دفع الحرج
لان بالشراء المتضمنة لا يمنع
البيع ولهذا واشترى
أنجيصة ثم باعها واشترى
مثله لم يكن به بأس وقوله
(لما بينا) أراد به قوله لانه
أعدها للقرية فيمتنع عن
بيعها الى آخره

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن
واحد لان الأراقة واحدة وهي القرية الأتار كناه بالأثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال
نخرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل
القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لانه لما جاز عن السبعة فعن
دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذنا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل
من السبع ولا تجوز عن الكل لانه عدم وصف القرية في البعض وسنبيته ان شاء الله تعالى وقال
مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها
لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت
لان البسالة يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين
نصفين تجوز في الأصح لانه لما جاز ثلاثة أسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقسما واجرنا لا يجوز الا اذا كانت معه شيء من الأكرع والجلد
اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يفحش بها عن نفسه ثم اشترى فيها ستة معه جاز
استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقرية فيمتنع عن بيعها نقولا والاشتراء
هذه هفتة ووجه الاستحسان أنه قد يجحد بقرة سميعة يشترىها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطالبهم بعد فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفع الحرج وقد أمكن لان بالشراء المتضمنة لا يمنع
البيع والاحسن أن يفعله ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في
القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراء بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر
أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة
ولا أضحية

الوجوب بالحريية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الأضحية بالوقت الذي هو يوم الأضحية لانها أي
الأضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في
العلة اختصاص الأضحية بنفسه بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الأضحية فاللازم
هنا تعليل اختصاص وجوب الأضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الأضحية به ولا مصادرة فيه لانا
نقول لانه معنى اختصاص الأضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذا لا شك في إمكان عمل
التخصيص في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم
المذكور المذكور وكان صاحب المكا في تنبيهه هذا حيث غير عبارة المصنف فيما قيل فقال بدل قوله
وانما اختص الوجوب بالحريية الخ والتقييم بالحريية لانها غير مبالغة مفتقرة الى الملك والحري هو المالك
ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييم بالوقت باختصاص الأضحية بذلك الوقت ولا
مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحريية وانما اختصه
القدوري في مختصره بالحريية على أن يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده
هنا بقوله لانها مختصة به أنهم مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الأضحية
بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام
في هذا المقام منزلة اللغوفان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله
باختصاصه بالحريية وبالاسلام وبالأقامة وبالمسارو على المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعمل
هنا جرح وتخصيص القدوري وجوبه بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشيء

(قوله ولهذا واشترى أنجيصة ثم باعها واشترى مثله لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر لأنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي
 الامام العبد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاه قبل
 الصلاة فليعد ذبحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان
 أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون
 أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشغل به عن الصلاة ولا معنى لتأخير في حق القروي ولا صلاة
 عليه ومارو ينادي حجة على ماك والثاني رحمه الله في نفي ما يجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعبر
 في ذلك مكان الضحية حتى لو كنت في السواد والمضحي في مصر يجوز كما أنشئ الفجر ولو كان على العكس
 لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التجميل أن يبعث بها الى خارج مصر فيضحي بها كما طلع
 الفجر لانها انشبهه الزكاة من حيث انها تقطع بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك
 النصاب فيعتبر في النحر فكان اخل لا يمكن الفعل اعتبارا به بخلاف صدقة النظر لانها لا تنقطع
 بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة
 أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها بأجراتهم وكذا على عكسه وقيل خروج جاز
 قياسا واستحسانا

وقوله (وमारو ينادي حجة على ماك والثاني رحمه الله في نفي ما يجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعبر
 في ذلك مكان الضحية حتى لو كنت في السواد والمضحي في مصر يجوز كما أنشئ الفجر ولو كان على العكس
 لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التجميل أن يبعث بها الى خارج مصر فيضحي بها كما طلع
 الفجر لانها انشبهه الزكاة من حيث انها تقطع بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك
 النصاب فيعتبر في النحر فكان اخل لا يمكن الفعل اعتبارا به بخلاف صدقة النظر لانها لا تنقطع
 بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة
 أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها بأجراتهم وكذا على عكسه وقيل خروج جاز
 قياسا واستحسانا)

وقوله (ووقت الضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر لأنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي
 الامام العبد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاه قبل
 الصلاة فليعد ذبحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان
 أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون
 أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشغل به عن الصلاة ولا معنى لتأخير في حق القروي ولا صلاة
 عليه ومارو ينادي حجة على ماك والثاني رحمه الله في نفي ما يجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعبر
 في ذلك مكان الضحية حتى لو كنت في السواد والمضحي في مصر يجوز كما أنشئ الفجر ولو كان على العكس
 لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التجميل أن يبعث بها الى خارج مصر فيضحي بها كما طلع
 الفجر لانها انشبهه الزكاة من حيث انها تقطع بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك
 النصاب فيعتبر في النحر فكان اخل لا يمكن الفعل اعتبارا به بخلاف صدقة النظر لانها لا تنقطع
 بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة
 أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها بأجراتهم وكذا على عكسه وقيل خروج جاز
 قياسا واستحسانا)

ويعتبر في من يصلي
 بالضعفة في الجامع هكذا
 قصده على رضى الله عنه
 حين قدم الكوفة وقوله
 (أجزأه استحسانا) يشير
 الى أنه لا يجوز قياسا لان
 اعتبار جانب أهل الجبابة
 يمنع الجواز واعتبار جانب
 أهل المسجد يجوز في
 العبادات يؤخذ بالاحتياط
 ووجه الاستحسان ما ذكره
 في الكتاب وقوله (وقيل
 هو جاز) أي العكس جاز
 قياسا واستحسانا والفرق
 أن المستحسن في العبد هو
 الخروج الى الجبابة وأهل
 الجبابة هم الاصل وقد صلوا
 فيجوز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يمتنع ما فيه (قوله وقت الضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر لأنه لا يجوز لأهل الأمصار
 الذبح حتى يصلي الامام العبد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله
 ومن ضحى قبل الصلاة في مصر لا يميزه لعدم الشرط لعدم الوقت أقول في هذا الشك لان الحدين
 الذين ذكرهما لمصنف فيما بعد وجدهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة
 في بيان وقت جواز الضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الضحية بطول الفجر من يوم النحر في حق
 أهل الأمصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة في أين أخذ
 دخول وقتها بطول الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذي
 فانه شك الباقي لانه اذا امتد الضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل
 الأمصار بل لم يمكن أدائها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فمعنى جعل ذلك الوقت قبل
 الصلاة من يوم النحر وقتا للضحية في حق أهل الأمصار أيضا واثرة ذلك والتأخر أن ثمة كون وقت
 وقت الواجب صحة اذا كان الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب
 الرقابة قال في تحرير هذه المسئلة أنه وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر
 ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث
 قال في مثله وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة
 عليه ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال في نقل عنه في الحاشية شيء من المواضع التي أخطأ
 فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم ينبذ فيه تاج الشريعة انتهى
 كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أن أول وقتها دائماً الأول
 وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطاً في حق أهل الأمصار كان أول وقتها دائماً
 في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقتها وجوباً بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارات الامام
 قاضيان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في مصر بعد فراغ الامام عن صلاة العبد انتهى (قوله
 ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا
 بها بأجراتهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجوز قياسا وذلك لان اعتبار جانب
 أهل الجبابة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجهه وبعد الصلاة

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها الليلة التي هي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لأن وقت التضحية يدخل بطول يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويقترب بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لقوعها قبل وقتها ولا في ليلة النحر بقى المحض لخروجها وانما جازت في الليل لأن الليالي تسع للإيام وأما الكراهة فلما ذكر في الكتاب وقوله (والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من الصدق) بشئ الاضحية) أما في حق الموسر

فلأنها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قول أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثلث تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلأن فيها جمع بين التقرب بآفة الدم والتصدق والأراقة قربية تقوت نفقات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فإن الطواف في حق الآفاق لقواته أفضل من صلاة التطوع التي لا نفوت بخلاف المكي فإن الصلاة في حقه أفضل (ولولم يضح حتى مضت أيام النحر) كان أوجب على نفسه بأن عين شاه قد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية (وان كان) من لم يضح (غنيا)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام النحر يقى كلها أيام ذبح وانما ما روى عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قاله سماعان الراي لا يمتد إلى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأفضل وأفضاها أولها كما قالوا ولأن فيه مسارعة إلى أداء الفريضة وهو الأصل للمعارض ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام النحر ثلثة ويقى ثلاثة والكلي يضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشرى لا غير والمتوسطان نحر وتشرى ويقى والتضحية فيها أفضل من الصدق بشئ الاضحية لأنها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض ففضل عليه ولأنها تقوت نفقات وقوت الصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فترت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولولم يضح حتى مضت أيام النحر) كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشترى لأنها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندها

من وجه فوقه في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لأن كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبالة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبالة أيضا صلاة معتبرة والالم يحز العكس فإذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يترتب عليه القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام النحر لأن معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشرى في كسبهما في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيمتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولولم يضح حتى مضت أيام النحر) كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد لأنه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لأن الحكم هنا

(١٠ - تكملة ثامن) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشترى لأنها واجبة على الغني) عينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندها)

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح إذ لا تعرض فيه الجمع بين القربتين فإنه يصلح له الاستقلال من غير اعتبار قرابة نفقات الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم وموارد المصنف التصديق بقيمة الغني الغير الموجب كما لا يخفى

فأما ذات الوقت وجب عليه التصديق أخرجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد فواتها ظهورا والصوم بعد
 الجيرة فدية (ولا يفتى بالعماء والعوراء والعرجاء التي لا تنشئ إلى المسك ولا الجفاه) لقوله عليه
 السلام لا يجزئ في الفصايا أربعة العوراء البسين عوردها والعرجاء البسين عرجاها والمراد بفسنة البسين
 مرضها والجفاه التي لا تنشئ قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه
 السلام استشر فوا العين والأذن أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود
 فصار كالأذن قال (ولا أتى ذهب أكثر أذنهما وذهبا وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن
 لا كثر حكم الكل بقاء وذهبا وإن العيب اليسير لا يمكن التصر عنه بفعل عفو أو اغتسلت الرواية عن
 أبي حنيفة في مقدار لا كثر في الجامع الصغير عنه وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث
 أو أقل أجزأه وإن كان أكثر لم يجز لأن ذلك تنفذ فيه الرصبة من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد
 لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربيع لا يبيح حكاية الكحل على ما صرف الصلاة وبروى
 الثالث لقوله عليه السلام في حديث الرصبة الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر
 من النصف أجزأه اعتبار الحقيقة على ما تقدم في الصلاة واختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف
 هو التصديق به أحية وليس الحكم كذلك فيما ذكرنا وجب عليه الإيجاب على نفسه فإن الحكم هذا هو
 التصديق بغيره إلا التصديق بغيره أحية كما أفصح عنه المصنف بقوله وإن كان غنيا تصديق بغيره شاة اشترى
 أو لم يشتر (قوله فذا ذات الوقت وجب عليه التصديق أخرجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد فواتها ظهورا
 والصوم بعد الجيرة فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل فذا ذات وقت التقرب بالاراقة والحق
 مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة أخرجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد فواتها ظهورا والصوم بعد
 الجيرة فدية والجامع بينهما من حيث إن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء انتهى
 ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ومراد
 المصنف التصديق بالقيمة للغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذلك لما ساقط ذلك لأنه لا يلائم الاعتبار
 بالجعة والصوم لأن الاعتبار به ما من حيث إن القضاء بغير المثل كما به عليه صاحب العناية بقوله
 والجامع بينهما من حيث إن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي
 فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا لأن الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصديق ليس
 من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم إن كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فذا ذات الوقت
 وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة للغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن
 المصنف جدا الذي لم يزل حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما إذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد
 اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشي له من ذلك فالحق أن
 مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصديق بالعين والقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق
 بالعين أو القيمة (قوله ولا يفتى بالعماء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية
 شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد إذ لا يذهب عليه أنه لم يذ كر فيما قبل
 ما يجوز به الاضحية وإنما يذ كر فيما بعد بقوله ويجوز أن يفتى بالجاء والخصى والذؤاء إلى آخره
 والذي ذكره فيما قبل انما هو وصفه الاضحية من الوجوب أو السنة وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما
 ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبسنة وأول وقت الاضحية
 وعدد أيامه أو ما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل
 صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر
 ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار لا كثر الخ) أقول تطبق هذه

قواتم ظاهره أو الصوم بعد
 الجيرة فدية) والجامع بينهما
 من حيث إن قضاء ما وجب
 عليه في الأداء يجنس
 خلاف جنس الاداء
 قال (ولا يفتى بالعماء
 والعوراء) هذا بيان
 ما لا يجوز التضحية به
 والاصل فيه أن العيب
 الناحش مانع واليسير غير
 مانع لأن الحيوان قلبا ينحو
 عن يسير العيب واليسير
 ما لا أثر له في جهه أو عوراء أثر
 في ذلك لا لا يصبر بعين
 واحدة من العلف ما يصبر
 بعينين رقلة العلف يورث
 الميراث والحديث المذكور
 دال على ذلك والعرجاء البسين
 عرجها هي ما لا يمكن المشي
 برجلها العرجاء وانما تنشئ
 بثلاث قوائم حتى لو كانت
 تضع الرابعة على الارض
 وتستعين بها جازوا والجفاه
 التي لا تنشئ هي التي ليس
 لها نقي أي مخ من شدة الجحف
 وبقيته كلامه واضح
 (قوله والحديث المذكور
 دال على ذلك) أقول أشار
 بذلك إلى قوله والاصل
 فيه أن العيب الفاحش
 مانع الخ (قال المصنف وإن
 قطع من الذنب أو الأذن
 أو العين) أقول اطلاق
 القطع بالعين لعله بطريق
 التغليب (قال المصنف
 فاعتبر كثيرا) أقول الذي
 يعطى له حكم الكل هو
 إلا كثيرا الكثير فلا يتم التقريب

قوله (وقيل معناه قول قريب من قولك) أي قول الأول وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا مادونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزأه بالنسبة إلى قول من يقول أن الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعاً عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العنق في أول الكتاب وقوله (لأن القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش المملح ما فيه ملح وهو بياض يشوبه شعيرات سود والوج فتوع من الخصاص وهو أن ترض العروق من غير إخراج الخصيتين وقوله (فتمعين) يعني هذه الشاة المستراة للاضحية وقوله (٧٥) (كافي نصاب الزكاة) فإنه إذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمه رب المال لأن النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعاً المال لا الذمة فإذا هلك المال سقطت الوجوب (وعن هذا الأصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشتري إذا كان موسراً لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وإن كان معسراً ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنهم لا تجب وهو رواية النوار وقوله (فأنكسرت رجلها) من باب ذكر الخصاص وإرادة العام فإنه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان

أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قول هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قول قريب من قولك وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشدد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوماً أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً فإذا رأت من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشدد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً حتى إذا رأت من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثاً فالذهب الثلث وإن كان نصفاً فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن لجمها الطيب وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موهجرين (والنولام) وهي الجنونة وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لا يحل بالمقصود أما إذا كانت لا تعتلف فلا تجزئها والجرباء إن كانت سمينة حازلان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانه نقص وأما الهمة وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلّة وعنه أن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاه وهي التي لا آذان لها خلقة لا تجوز لأن مقطوعاً كثر الأذن إذا كان لا يجوز نعيم الأذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب فائقة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع أن كان غنياً عليه غيرها وإن فقيراً تجزئ هذه) لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تعين به وعلى الفقير بشراؤه بنية الاضحية فتمعين ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الأصل قالوا إذا ماتت المستراة للضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح أحدهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعهما فاضطربت فأنكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسننا) عندنا خلافاً للفرق والشافعي رحمه الله لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقه بالذبح فكانت حصل به اعتباراً وحكماً (وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فأنفلت ثم أخذت من فور وكذا بعد فور عند محمد خلافاً لأبي يوسف) لأنه حصل بمقدمات الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لأن عبارتها أكثر من أوزنها بصيغة التفضيل والاضافة إلى الأذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر أن الأشك أن الربع ليس بأكثر من ثلثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الأكثر من الثلث فسلان الأكثر من الثلث أذ لم يجاوز النصف لم يصراً كثر الكل وفي رواية الأكثر من الثلث عنه لم يشترط مجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الأجزاء على هذه الرواية أيضاً ذهب أكثر الأذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدمات الأكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فإن قلت ليس المراد بالاكثري عبارة مسئلة

الحكم كذلك وإنما قيد الأجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه لأن تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كالمالك كانت كذلك وقوله (لأنه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعين به من أن يكون سبباً من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر

(قوله من باب ذكر الخصاص وإرادة العام فإنه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لأنه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقابلة

قال (والأضحية من الأبل والبقر الخ) كلامه واضح وقد سبق قوله في مذهب الفقهاء لأن عند أهل اللغة الجذع من الشيء ما نبت
 من سنة كذا في النهاية وقوله لأنهم أحق الأصل في التبعية لأنه جبرؤاؤه هذا يتبعها في الرق والحريه وهذا لأن المنفصل
 من الفصل هو الماء وأنه غير محمل لهذا الحكم والمنفصل من الأم هو الحيوان وهو محمل له (٧٦)

قال (والأضحية من الأبل والبقر والغنم) لأنهم اعرفوا شرعاً ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام
 ولأن الضحية رضى الله عنهم قال (ويجزي من ذلك كله التي فصاعداً لأن الضأن فان الجذع منه يجزي)
 لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الآن يجرى على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام
 نعمت الأضحية الجذع من الضأن فأنواؤه إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشبهه على الناظر
 من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر
 والتي منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الأبل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس
 لأنه من جنسه والمولود بين الأحمى والرحشى يتبع الأم لأنهم أحق الأصل في التبعية حتى إذا نزل الذئب على
 الشاة يضحى بالولد قال (وإذا اشترى سبعة بقرة فليضحى بها ثلث أحدهم قبل البحر وقال الورثة أذبحوها
 عنه وعنكم أجزأهم وإن كان شريك الستة نصرانياً أو رجلاً يزدل اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه
 أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون فصداً الكل القرية وإن اختلفت جهاتها كالأضحية
 والقران والمتعة عندنا لا اتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول لأن التضحية
 عن الغير عرفت قرية ألا ترى أن النبي عليه السلام ضحى عن أمته على ما روي بنما من قبل ولم يوجده في الوجه
 الثاني لأن النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها وإذا لم يقع البعض قرية والاراقة لا تنجز
 في حق القرية لم يقع الكل أيضاً فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية
 عن أبي يوسف لأنه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالاتفاق عن الميت لكان يقول القرية قد تقع عن
 الميت كالتصدق بخلاف الاعتناق لأن فيه الزام الولاء على الميت (فلو بذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد
 جاز) لما يئنا أنه قرية (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغيره من الورثة لا تجزئهم) لأنه لم يقع بعضها
 قرية وفيما تقدم وجدنا أن من الورثة فكان قرية قال (ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء
 ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نبيتمكم عن كل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا مني جازاً كاه وهو
 غنى جاز أن يؤكله غنياً قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاثة الأكل والادخار

فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية) لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك فإن قيل النص ورد في الأضحية فكيف يجوز مع اختلاف جهات القربى كالأضحية والقران والمتعة قلنا اعتد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافهما لكان يقول إذا كانت الجهات قرباً بالتحمد معناها من حيث كونها قرية بخلاف الاطلاق بخلاف ما إذا كان بعضها غير قرية فإنه ليس في معناها وإذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزئ وقوله (لما يئنا أنه قرية) يشير إلى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لأن الارقة لا تنجز وبعض الارقة وقع نقلاً أو لحافاً صار الكل كذلك ولم يعكس لأن الواجب قد ينقلب تطوعاً بخلاف العكس والارقة قد تصير للحم مع نية القربى إذا لم تصادف محلها وكانت في غير وقت الأضحية والارقة اللحم لا تصير قرية بحال قال (ويأكل من لحم الأضحية الخ)

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد إليه قول المصنف في بيان وجوب رواية الأكثر من
 الثلث وفيما زاد لا تنفذ الإبراهيم فاعتبر كثيراً وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام
 في حديث الوصية الثلث والثلث كغيره ليس المراد بالكثير أيضاً الكثير بالإضافة إلى الجزء الباقي
 والأبعد المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والإضافة إلى الأذن والذنب المحذور بيان حمل الكثرة
 خفية يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب قلت شرط استكمال
 صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن الإلام والإضافة ومن كان تقريره في موضعه
 وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجزئها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن
 أغضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسألة بقوله لأن لا أكثر حكم الكل بقاء وهذا باطل على تقدير
 أن يحمل الأكثر على الكثير المطلق إذ لو كان الكثير مطلقاً حكم الكل بقاء وهذا باطل لأن يعتبر الأذن
 والذنب باقياً وإذا اختلف في حالة واحدة فيما إذا كان كل واحد من الباقي والذهب منهم ما كثيراً في نفسه
 كما إذا ذهب ربهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع
 الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات

الأضحية إما أن تكون مندورة أو لا فإن كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وإن كان الأول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الأغنياء لأن سبيلها التصديق وليس للتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل ففعله قيمة ما أكل

وقوله (الماروينيا) يعني قوله
عليه الصلاة والسلام
فكلمهم من أذخروا والقانع
هو السائل من القنوع
لأمن القناعة والمعتد هو
الذي يتعترض للسؤال
ولا يسأل وقوله (كالحل)
بالخاء المعجمة والمهملة
(والأبازير) التوابل جمع
أبزار بالفتح وقوله (في الصحيح)
احترأزا عما قيل أنه ليس
في اللحم إلا الكلال والاطعام
فلو باع بنى ينتفع به بعينه
لا يجوز والصحيح ما قال شيخ
الاسلام أن اللحم بمنزلة
الجلدان باعه بشئ ينتفع به
بعينه جاز وروى ابن سميعة
عن محمد رحمه الله أنه
لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس
بلبسه وقوله (لأن القرية
انتقلت إلى بدله) لأن تلك
البديل من حيث القول
ساقط فلم يبق إلا جهة
القرية وبسبيلها التصديق
وقوله (لأنه في معنى البيع)
لأن كل واحد عقد معاوضة
قوله (من دمها كل ذنب)
تمام الحديث أما أنه يجاء
بدمها ولجها فيوضع في
ميزانك وسبعون ضعفا قال
أبو سعيد الخدري رضي الله
عنه هذا لآل محمد خاصة
أم لآل محمد والمسلمين عامة
فقال عليه الصلاة والسلام
لآل محمد خاصة والمسلمين
عامة وقوله

الماروينيا وأطعموا القانع والمعتد فانقسم عليهما أثلاثا قال (وبتصدق بجلدها)
لأنه جزء منها (أو يمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لأن الانتفاع
بغير شتم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لأن
البديل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استملاكه كالحل والأبازير اعتبارا بالبيع بالدرهم
والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول باللحم بمنزلة الجلدة في الصحيح فلو باع الجلدة واللحم بالدرهم أو بما
لا ينتفع به إلا بعد استملاكه تصدق ببنه لأن القرية انتقلت إلى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أخته
فأذا أخته له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام المالك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزاء من
الأضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلد أهلك وأخطامها ولا تعط أجرة الجزاء منها شيئا
والنهي عنه نهى عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أخته) وينتفع به قبل أن
يذبحها) لأنه التزم إقامة القرية بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القرية بها كافي الهدى
ويكره أن يجلب لبها فينتفع به كافي الصوف قال (والأفضل أن يذبح أخته بيده) أن يشهدا بنفسه لقوله
الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدا بنفسه لقوله
عليه السلام لافاطمة رضي الله عنها قومي فأشهدي أخته بك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب
قال (ويكره أن يذبحها الكفاي) لأنه عمل هو قر به وهو ليس من أهلها ولو أصره فذبح جاز لأنه من أهل
الذكاة والقرية أقيمت بانابته وبنية بخلاف ما إذا أصر المحوسى لأنه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا
قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أخته إلا آخر أجزأ عنهم ما ولا ضمان عليهما) وهذا
استحسان وأصل هذا أن من ذبح أخته بغيره لا يحل له ذلك وهو ضمان لقيمته ولا يجوز بيعه عن
الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس
أنه ذبح شاة غيره بغير أصره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنهم اتعنت للذبح
لعمليهم الأضحية

ثلاثة الأكل والادخار لماروينيا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتد فانقسم عليهما أثلاثا أقول
لقائل أن يقول الأمر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقر في علم الأصول فالظاهر من قوله
تعالى وأطعموا القانع والمعتد وجوب الاطعام والمعدى استحبابه فليمتأمل في الجواب (قوله ولا بأس بأن
يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لأن البديل حكم المبدل
أقول لقائل أن يقول أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أخته فلا أضحية له
فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على
ما تقر في أصول الفقه فليمتأمل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استملاكه كالحل والأبازير
اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلا لأن اعتبار
ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح فإن الدرهم مما لا ينتفع بعينه أصلا أي لا مع بقائه ولا بعد استملاكها
وإنما هي وسيلة محضصة فالقصد منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والأبازير فإنه مما ينتفع به وإن
كان ذلك بعد استملاكه بخلاف أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الأضحية
غير محرم فكذلك ببدله وأما ثانيا فلا لأن عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم اتفقت بخلاف القياس
على ما نص عليه صاحب غاية البيان فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع
بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد بخلافه الانتفاع بالمبدل لأن البديل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز
بيع الجلد بالدرهم أيضا لأننا كنا القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط أجرة الجزاء منها
فإذا أعطى أجرة الجزاء منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

حتى وجب عليه أن يشتري بها بعينها في أيام الضرورة **مسألة** أنه لا يبدل بها غير ما صار له المالك
مستقيماً بكل من يكون أصله لا يذبح آذناه دلالة لانها نفوت بضئ هذه الأيام وعساه يهجر عن إقامتها
يعوارش فصار كذا ذبح ما قد شد الفصا بربحها فان قبل بفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه
أو يشتريها بالذبح فلا يرش به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مستحباً لما عينه وكونه يميز
به غير نفسه ولعلنا نأمرهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طعن
حنطة أو رفع برته فأنكسرت أو جعل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامناً ولو وضع
المالك اللحم في القدر والقدر على الكافون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو
رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو جعل على دابته فسقط في الطريق فأوقد دوا ناريه وطبخه أو ساق الدابة
فقطعها أو أعانته على رفع الجرة فأنكسرت فيما بينهما أو جعل على دابته ماسقط فعطبت لا يكون ضامناً
في هذه الصور كلها الاستحسان لا جود الاذن دلالة إذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد
منهم ما أخضجه غيره بغير إذنه من يحاقبني خلافة زفر بعينها ويتأق فيها القياس والاستحسان كذا كرنا
فياخذ كل واحد منهم ما سلخه من صاحبه ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإذا كانا قدأ كلام علمنا
نأجل كل واحد منهم ما صاحبه ويجزيمه لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز أن كان غنياً فكذلك أنه لم يملكه
في الانتفاء وان تشاحا فلكل واحد منهم ما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لأنهم أبدلوا
اللحم فصار كل واحد باع أخضجته وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أناف لحم
أخضجه غيره **مسألة** كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وأجاز عن أخضجته)

عليه غيره انتهى وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل اللحم والابازير على
عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتباراً بالبيع بالدرهم وقد تقر في أصول الفقه
أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن القياس فلا يظهر أن يترك القياس على البيع
بالدرهم في تعديل هذه المسألة ويقال في تعليلها لأنه لا يصلح أن يكون بدلاً عن عين الجلد قائماً بمقامه
لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه
كما مر وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء
عينه من متاع البيت كالحراب والمخلل لأن البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البدل
فكان المبدل قائماً معني وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدرهم أو الدنانير لأن
ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائماً معني انتهى (قوله
فصار كالمواضع أخضجته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أخضجته
واشترى بئنه غير ما فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بمافضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام
انحر تصدق بئنه كله انتهى أقول قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جداً حيث جعلوه
أصورتين فزادوا في الصورة الأولى اشترى غيرها بئنه وأعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن
دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك
وليس في المقام ما يقتضي شيأ منها كما لا يخفى مع أن الأمر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على
حذف مضاف أي كالمواضع لحم أخضجته فيكون المراد به الإشارة إلى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد
واللحم بالدرهم أو بما لا ينفع به إلا باستئلا كالتصدق بئنه تدبر (قوله ومن أئلف لحم أخضجه غيره كان
الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أئلف لحم أخضجه غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان
تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهم ما تئلف لحم أخضجه صاحبه ومن أئلف لحم أخضجه صاحبه كان
الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهم ما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى أقول ليس هذا

(حتى وجب عليه أن يشتري
بها بعينها في أيام النحر)
أي فيما إذا كان المضحى
تقريباً (ويكره أن يبدل بها
غيرها) أي فيما إذا كان
غنياً قال صاحب العناية
هكذا وجدت بخط شيخني
رحمه الله وقوله (فصار
كالمواضع أخضجته) يعني أنه
لو باع أخضجته واشترى
بقيمته غيرها فلو كان غيرها
أنقص من الأولى تصدق
بما فضل على الثانية
ولو لم يشتر حتى مضت أيام
النحر تصدق بئنه كله وقوله
(ومن أئلف لحم أخضجه
غيره) متصل بقوله وان
تشاحا يعني ان تشاحا عن
التحليل كان كل واحد
منهم ما تئلف لحم أخضجه
صاحبه ومن أئلف لحم
أخضجه صاحبه كان الحكم
فيه ما ذكرناه وهو قوله
فلكل واحد منهم ما أن
يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها سابق الغصب) يعني فكانت التضحية وارادة على ملكه وهذا يكفي في التضحية لا يقال الاستناد بظهور في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عابرة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصبح أن يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر فإن الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(٧٩)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية (قوله لانا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف مالو أودع شاة فضحي بها لانه يضمه بالذبح فلا يثبت الملاله الابعده الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاة أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشهد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى وأجاب عنه صاحب الدرر بان حقيقة الغصب كما تقر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاضجاع وشهد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كاذن اليه الجمهور انتهى وان شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات

لانه ملكها سابق الغصب بخلاف مالو أودع شاة فضحي بها لانه يضمه بالذبح فلم يثبت الملك له الابعده الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجهه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضم صاحبه قيمة له مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وأن تشاحا وضم اليه نال مغايرتا الى المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متفالحا أنضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن ألتف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن ألتف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له بما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعه ما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضم صاحبه قيمة له فعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي ألتفه بالا كل لصاحبه لان نفسه ومن ألتف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة له وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يحل وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يحل به متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية الا يرى أن التضحية في ليالى أيام النحر مكرهة وكذا التصرف في الاضحية بجزء صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكبشى وغير ذلك كما أن الاضحية في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى في مختصره وتبعه المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظمي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغنى وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القندورى في مختصره والامام قاضى خان في فتاواه وكذا وقع في الحفة والتممة والايضاح ولكل وجهة هو موليا أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما تحبه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائل الاستحسان لا يجبال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما فى الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنتز لا ما لم الزيلعى ثم ان الكراهية

الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليعلم وأجاب الناضل المحشى يعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بان يقال ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشهد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليعلم انتهى كلام يعقوب باشا

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمزوى عن محمد نصاب كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه
نصا فاطعالم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يستعمل على
فصول منها
(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله بكره لحوم الاثن وألبانهم وأبوال الابل وقال أبو
يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل)

في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى
وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب
والمحبوب الغنة والكراهية ليست بضد للإرادة عندنا فإن الله تعالى كره الكفر والمعاصي أي ليس راض
بهم ولا يحب إيمانهم وإن كان الكفر والمعاصي بإرادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضا
على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشرع فمما هو مذكور في الكتاب (قوله قال
رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلاف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه
نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصا فاطعالم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه
إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني
وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهية تحريم وأما كراهية
المكروه كراهية تنزيه فإلى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكرنا في الكتب ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة
الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهية الاطناب (قوله قال أبو حنيفة
بكره لحوم الاثن وألبانهم وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا بأس بأبوال الابل) قال جماعة
من الشراح خص الاثن مع كراهية لحوم سائر الخمر ليستقيم عطف الالبان عليه إذا لم يكن لا يكون الامن
الا أن انتهى بعضهم أنه لو قال تكروه لحوم الخمر وألبانهم أجمع الضمير في ألبانهم إلى الخمر المذكور فيها
قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة إلى الضمير الرجوع إلى مطلق الخمر على
ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الخمر وانما تحقق في اناثها التي هي الاثن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا
بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذه
بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهية لحوم الاثن بالذكور ولم يذكر كراهية لحوم غيرها مما
سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه
ولو أعاد كراهية التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث
عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه أصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب
في هذا الفصل غير مخصص في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل
الاكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أم لا
أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا
للبواقي فغير تام أيضا لان ذكرها ذكر مرة وبين مستوفى تذكيرا للبواقي المذكورات ليس من ذاب المصنفين
ولا عميهم أصلا ثم أقول الاوجه أن يقال انما خص الاثن بالذكور مع كراهية لحوم غيرها أيضا لان جميع
ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهية لحوم الاثن انما ذكرت ههنا نوطئة لكراهية ألبانها
التي لم تذكر فيما مضى ولا مدخل لكراهية لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاثن بالذكور
غيره انما قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الخانق
الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان
المصنف أيضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فانزه التكرار خطا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

ألا يرى أن في وقت الاضحية
من ليل إلى أيام النحر وفي
التصرف في الاضحية يجوز
السوف وحب اللبن وفي
اقامة غيره مقامه كيف
تحقق كراهية وفي كتاب
الكراهية أيضا كذلك

فصل في الاكل والشرب في الاكل
والشرب (قوله ألا يرى أن
في وقت الاضحية الخ) أقول
الكراهية بالحقيقة هي
في التضحية لا في الوقت
ففيه تجوز (قوله وفي كتاب
الكراهية أيضا كذلك)
أقول فيه بحث لأن المراد
يتحقق فيه الكراهية في
أشياء كثيرة

ونأويل قول أبي يوسف انه لا بأس به التداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيد ما والابن متولده من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الا كل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجزى جزي بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشرب في اناء فضة فلم يقبله وقال ثم انا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

قوله (والابن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل ابنه حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن ابن الخليل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهم ما لم أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آفة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجزى جزي بطنه نار جهنم قيل معناه يرد من جزي الفصل اذا ردصوته في خبجته ونار من صوب على ما هو المحفوظ من الثقات

(قوله يرد عليه ابن الخليل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

الجامع الصغير لم يذكره المصنف ههنا وأما كون مأخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره مأخوذ من قول محمد فانما ذكره مسئلة من لم التكرار لا محالة (قوله ونأويل قول أبي يوسف لا بأس به التداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن يبول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل حل شربه عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذکور ههنا بنى البأس عن شربه للتداوى وشربه للتداوى ليس بحرام عندده وان كانت نجسا كسكا بقصة العرييين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غايه البيان في هذه المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا لانه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذکور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عاينك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تنفع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضى شموله لأبوال الابل أيضا (قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح) أقول في رواج هذه الجملة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كُتُب الصلاة والذبايح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب السكافي وقد مررت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبايح ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منه ما قبل أن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيد ما بقوله والابن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منه فما قبل أن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذکور اشارة الى تقييد نفسه فيما فعل في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الاشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجهها وجه الايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا والتداوى فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن اسس التزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

وقوله (لأنه في معناه) أي
لأن الأدهان من آنية
الذهب في معنى الشرب
منه الآن كذا من استعمال
أهل الحرم هو الاستعمال
قبل سورة الأدهان الحرم
هر أن يأخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس وأما إذا أدخل
يده فيها وأخذ الدهن ثم
صبه على الرأس من اليد
لا يكره قال صاحب النهاية
شكنا ذكره صاحب الذخيرة
في الجامع الصغير وأرى
أنه مخالف لما ذكره
المصنف في المكحلة لأن
الكحل لا بد وأن ينقل
عنها حين الأكتحال ومع
ذلك فقد ذكره في المحرمات
المضرب المشدود بالضباب
جمع ضبة وهي حديدة
عريضة والمشد المسن
والنقر ما يجعل تحت ذنب
الدابة

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بربى المشركين وتنعيمهم المترفين
والسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لمعوم النهي
وكذلك لا كل بلعة الذهب والفضة والاكتحال بغير الذهب والفضة كذلك كما أشبه ذلك كالمكحلة والمرأة
وغيرهما المذكورنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبرزرو العقيق) وقال الشافعي
بكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاحية المتأليس كذلك لأنه لما كان من عاداتهم التفاضل بغير الذهب
والفضة قال (ويجوز الشرب في الأواني المفضضة عن أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض
والجاسوس على الكرسي المفضض والسري المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفهم
وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السري والبرزرو الجاسوس وقال أبو يوسف يكره ذلك
وقول شافعي يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الأواني المضرب بالذهب والفضة
والكرسي المضرب بهما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشهد وحلقة المرأة أو جعل الخدع مذهبها
أو مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والر كلب والثفرا إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة يذهب
أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخص فأما التوبة الذي لا يخص فلا بأس به بالإجماع

طهارته لم يلزم عنده الأمن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كلسبق
قبضه حله على طهارته ودور ظاهر إلى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جدا لأن حله أغما يكون علة
لطهارته في العقل بأن يسير دليلا عليها وأما طهارته فالتما تكون علة لحله في الخارج فاختلقت الجهة
وهذا نظير ما قالوا في العزم العقلية أن الحى علة للعقوبة في الذهن والعقوبة علة للحمى في الخارج
فلا يستدل بالحى على العقوبة برهان أنى وبعبارة برهان لمى ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر
وأثره فإن الأول علة لثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل أى دليلا عليه ومن هذا
القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان
ونحوه لأنه في معناه) أى لأن الأدهان في آنية الذهب والفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلامه
ذلك استعمال أهل الحرم هو الاستعمال بأى وجه كان لمافيه من التحريم والأسراف فيشمل الأدهان
والتمطيط أيضا وفي النهاية قيل صورة الأدهان الحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صببه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب
الذخيرة في الجامع الصغير اد قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في
المكحلة فإن الكحل لا بد وأن ينقل عنها حين الأكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى أقول
يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن الحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية
الذهب أو الفضة عند ارادة الأدهان منها أغما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنية ما وصب الدهن منها
على البدن لا بدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صببه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة
فأغما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الأكتحال به فانهصال الكحل عنها حين الأكتحال لا يقدح في تحقق
استعمالها فافتروا واعتراض صاحب التسميل على ما قيل في صورة الأدهان الحرم بوجه آخر وهو أنه
يقتضى أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بعمامة ثم أكل منها وكذا إذا أخذ بيده
وأكله منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرائب بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في
المكحلة حيث قال بعد ذلك الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف
على مرادهم أما الأول فلأن من في قولهم من أناه ذهب ابتدائية وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات
المصنوعة من المحرمات أغما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن
الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام أغما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام

(قوله من آنية الذهب)
أقول والفضة كذلك (قوله)
قبل صورة الأدهان الحرم
إلى قوله لا يكره) أقول وفي
شرح ويحتمل هذا التفصيل
في الأكل والشرب أيضا
(قوله وأرى أنه مخالف لما
ذكره المصنف في المكحلة إلى
قوله في المحرمات الخ) أقول
لكن المكحلة لا يأخذ
المكحلة بيده ويضع فيها
الميل بخلاف الآنية اد
لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا يبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسبار الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجير الله مجوسياً أو خادماً ما شترى له ما فقال اشترى به من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعته أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

منها باليد أو المعلقة لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو المعلقة في العرف وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لأنها انما صنعت لأجل الادهان منها بذلك الوجه وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم إلى هنا كلامه أقول فيه نوع استدلال بل اختلال فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ نعم بيانه أيام بقوله أما الأول فلأن من في قولهم من أناء ذهب ابتداءً ثم أكل منه لم يحتل أمراً ولا فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في أنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانياً فلأنه لا تأثير لابتداء في تسمية الجواب الذي ذكره ناذيكني فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره الجيب بل بوجود ماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فإن للماسة تأثير في الحرمة كما سيجي من وجوب الانتفاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو المصضب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي أورده صاحب التمهيد فإنه إذا أخذ الطعام من أنية الذهب أو الفضة بملقعة ثم أكل منها أو أخذ بيده وأكله منها لم يوجد هناك ماسة اليد بالانية مع أنه يكره بلا شك فالخاص الكلي هنا انما يحصل بالمسير إلى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المصضب فمعتزل عما نحن فيه فإنه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه ماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره) جمعهما في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وإن كان أفرداً بأبي يوسف في بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافي فأفرد ههنا أيضاً حيث قال احتج أبو يوسف بمعوم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقض ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المنفضض والمصضب ممنوع وقال في الجاسية رد الماشي الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك بتمام لأن ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يدم المنفضض والمصضب عبارة معهم ما دلالة كمومه لا ادهان منه ونحوه وكمومه لا كل ملقعة الذهب والفضة والا كنهال يميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فإن المدار في كاهتا بول النهي الوارد المذكور لكل منهما دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهم ما اعمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملاً لكل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولا يبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدواني بمحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره رجعهم الله فقاتل الأئمة بكره فقيل لا يبي حنيفة ما تقول فقال لا يبي حنيفة فنه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الخجة فيه فقال أرايت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أكره فوقف كاهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجير الله مجوسياً الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لان لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال
(ويجوز ان يقبل في اليهودية والاذن قول العبد واجارية والنبي) لان الهدايا تبعت عادة على
أيدى هؤلاء وكذا لا يمكنهم استحباب اليهود على الاذن عند الشرب في الارض والمبايعة في السوق
فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه
ان يأخذ خالته لافرق بين ما اذا اشترت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت التسمية به بالا كسيرة والبطارية فكل ما كان به هذا المعنى يكره بخلاف خاتم النضة
والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال
الامام الزياطي في شرح الكنترا لا يوسف ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهم ما أنه عليه السلام قال من
شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فإنه يجزى جر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني
انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على
أبي حنيفة رحمه الله لكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الا خالبا عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك
وقال في الحاشية رد لما ذكره الزياطي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجوده عند ذلك الزيادة
فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجوده في رواية أخرى لم يرحلها أو قد بين الامام
الزياطي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك
البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فوسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله
معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال
اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس
المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيره ما فانه
من مسائل كتاب الذبائح وقد مر مستوفى وعبارة المصنف توهم أصالة الثماني كما ترى ثم انه لو قال في
المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله
وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ شجده رحمه الله في الجامع الصغير تبركاه
(قوله لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل قوله
لان لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لاصحالة اولى ان يقبل في الحرمة لان
الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه
أكله كما كره جسد الان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه
ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما
قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندى في شرح
كلام المصنف ههنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من
يهودي أو نصراني أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل كل ما اشتراه كما صرحوا به فاطبة اولى أن يقبل قوله
في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة
ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لافرق بين ما اذا اشترت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما
قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدى هؤلاء انتهى أقول
لمانع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أيدى هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من
الهدايا فانها تبعت عادة على أيديهم بلا مجال التكريم من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة
الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العمي أقول ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قوله من في
اهداءهم واليهم أنفسهم يؤدي الى الحرج لا مكان اهداءهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى

وقوله (لان لما قبل قوله في
الحل) يعني في قوله وسعه
أكله فانه يتضمن الحل
لاصحالة اولى ان يقبل في
الحرمة لان الحرمة مرجحة
على الحل دائما واتى برواية
الجامع الصغير لان الهدية
فيما انفس الجارية وقوله
(لما قلنا) راجع الى قوله
لان الهدايا تبعت عادة على
أيدي هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعت
على أيدي هؤلاء عادة) أقول
يمكن أن يمنع اشتراط العادة

قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات بكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلا يشترطنا شرطاً يؤدي إلى الخرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ككافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعا للخرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات بخلاف أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتيأله المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة انه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيه ما أكبر الرأى

أو العبدان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادراً لا يعد مثله مؤدياً إلى الخرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجاً بينا سيما في اهداء الامور الخسيسة (قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) قال في التلويح قيل لذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقبل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه بالهدايا فيشترط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايات انتهت أقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التصرح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدي الروايتين وهي رواية الاشترط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله ولا يقبل في ظاهر قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذ لم يطعن الخصم فيما عد الحدود والقصاص كما تقر في كتاب الشهادات فكان أحد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة ثم لا ريب أن المستور وظاهر العدالة تقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الاحدود في قذف ففي غير ظاهري الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكره على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لشبون العدالة ظاهراً بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشبهات اذ لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا بين اختلاف نحرر بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في

وقوله (ولا يقبل فيها) أي
في العبادات (قول المستور)
وقوله (جرياً على مذهبه أنه
يجوز القضاء به) يعني اذ لم
يطعن الخصم وظاهر الرواية
اصح لانه لا بد من اعتبار
أحد شطري الشهادة
ليكون الخبر ملزماً وقد سقط
اعتبار العدد فبقى اعتبار
العدالة وقوله (حتى يعتبر
فيهما) أي في الفاسق
والمستور اذ أخبر بجاسة
الماء (أكبر الرأى)

وقوله (ويقبل فيه) أي في البيانات قول العبد والخبر والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه
بالتيم نفسه أو لا يتم تعدى منه إلى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الأولية على الغير وقوله (ماد كرهناه) إشارة إلى الهدية والأذن وقوله (فان)

قال (ويقبل فيه) أقول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة المصدق راجع والقبول
لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن البيانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره
مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان الخبر فاسقا ومستورا تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق بغير
ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى الاحتياط
بالأراقة أما التحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى
وهذا جواب الحكم فأما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء قلنا ومنها الحسل والحرمه اذا لم يكن فيه زوال
الملأ وفيه تفاصيل وتفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله في البيانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه
لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر من مأودة سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى
فأجعل ما ذكره وجه الصحة ظاهر الرواية وجهها لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فبغيره عليه قطعا
أن حقيقة العدالة ليست بأحد شرطى الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عند في قبول
الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فامعنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في
البيانات في ظاهر الرواية عنه فسدبر (قوله ويقبل فيه) أقول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول
لا يخفى على ذي فطرة سامة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل
أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال
ويقبل فيه أقول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام
وقوله ويقبل فيه أي في البيانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا
كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد ههنا السارح في الظن ورفعة حيث أتى بمحذور
آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر ولا شأن أن كلمة هؤلاء من جموع
أسماء الإشارة فتكون ههنا إشارة إلى الاشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحر والامة فيصير معنى كلام
السارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فليدخل
المشبه به في المشبه ولا يخفى فساد وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في البيانات قول العبد والحر
والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو
دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلوا الحر مقيسا عليه أو مشبها به وهو
داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به
لا حد قرينه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعالم التام الشامل الكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند
العدالة المصدق راجع والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى
لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان
الراجح أن تنجس تلك الأعضاء واذا نجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تظهر والمفروض انتفاعه آخر
مظهر والام يجوز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الأراقة لتأديها إلى محذور شديد
بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد فان التيمم ههنا بشئ
ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتامل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى الاحتياط بالأراقة)
أقول لقائل أن يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

كان أكبر رأيه أنه كاذب
يتوضأ به) يعنى حكمه في
الاحتياط والاحتياط في
التيمم بعد الوضوء وان لم
يتراجع أحد الوجهين قيل
الأصل الطهارة وقوله (لما
قلنا) إشارة إلى قوله أما
التحرى فمجرد ظن ففيه
احتمال الخطأ وقوله (ومنها)
أي من البيانات (الحسل
والحرمة) يقبل فيه ما خبر
الواحد العدل اذا لم يتضمن
زوال الملأ كالأخبار بحرمه
الطعام والشراب يقبل
فيها قول العدل فلا يحل
الأكل ولا الاطعام لانها
حق الله تعالى فيثبت بخبر
الراشد ولا يخرج عن
ملكه لان بطلان الملأ
لا يثبت بخبره وليس من
ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملأ وأما اذا تضمن
زواله فلا يقبل كما اذا أخبر
رجل أو امرأة عدل
للزوجين بأنهما ارتضعا من
امرأة واحدة بل لا بد فيها
من شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين لان الحرمة
ههنا مع بقاء النكاح غير
متصور فكان متضمنا لزوال
الملأ فن قيل قد تقدم
قوله لانه لما قبل قوله أي
قول المجوسى في الحل أولى
أن يقبل في الحرمة وهو
يدل على أن العدالة في الخبر
بالحل والحرمة غير شرط

فكان كلامه متناقضا أجيب بأن ذلك كان ضمنيا أو لا يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال
(قوله أجيب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل ههنا المسلم المرضى كمنص عليه
المصنف ههنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة

الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنهم أسنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاما لا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جازا اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ لا دليل

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجدتة اعبأ أو غناء فلا بأس بأن يقعدوا كل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهم هذه مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتم اتياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما وهذا قالوا انه لا يفيد الاغلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف فيمصر لان عند الله الصدق راجح والقبول لرجائه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطابق الاحتمال وعن هذا قال صاحب السكافي ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما لا كذب في العدالة فمما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطها مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فمما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة الخبر فان الحاصل هنالك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فاقترا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتم اتياحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنهم أسنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظور فيه لانهم ان أرادوا بقوله انما أسنة في قوة الواجب أنهم مثل الواجب في الاحكام كما يفتح عنه قول صاحب النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيهما على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقر فيه كرن السنة قسما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالاناروتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقوله انما أسنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكد انما اظهر التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لواجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحدا الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقيها فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم اياها كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول
 يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الاقامة
 تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالاستقامة اجابته كما
 أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة المفالة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام
 اقامتها بالشروع فيها كما تقر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
 سيجي فيكون قوله كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم اياها قياسا الواجب على الواجب في
 المثال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا
 لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنائز فيحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة
 فلا نسلم أن اجابته سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التفرق بل لان حق الدعوة يلزمه
 بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة
 المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقرير
 الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت ببله وفيها التمسك بالاجابة ابتداء كما سيجي فاذا عرف
 المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل
 قوله فوجدت عليه الجلاس والصبر والاكل وهذا اجابة انتم في هذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد
 عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجي أن
 الدعوة اذا قارنت شيئا من الله لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك
 فلا يتم التفرق بوجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتأمل
 الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطانه أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء
 أما ما هو عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة
 انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور به عدم مجيئه الى
 محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فان كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابته
 انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة
 ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها بأجاب وذهب الى محل الدعوة فوجدت عليه أوعاء أو غناء فلم يقعد ولم
 يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لانتهاء كما لا يخفى وصورته الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتصدا
 ولم يقدر على منعهم كما سيجي في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة
 انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القم الثالث
 ههنا فلا يتصور وقوعه اه فرغم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق
 انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتداء فيه دون العكس كما لا يخفى وأما ما هو كلامه عن التحصيل
 انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجهه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء
 اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه
 انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجهه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل
 الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجي في الكتاب وذكر ذلك القائل
 أيضا في أثناء كلامه ويكفي لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه
 وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للدعوة انتهاء اذا هجم عليه
 انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند لمنع المذكور
 ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجهه الاندفاع

وقوله (ودلت المسئلة على أن

المسئلة هي كالمسئلة) لان

محمد ارجه الله اطلق اسم

اللعب والغناء بقوله فوجد

ثمة اللعب والغناء فاللعب

وهو الله هو حرام لا يقال

الحياة الدنيا لعب ولهو

لقوله تعالى اعلموا انما الحياة

الدنيا لعب ولهو والحياة

الدنيا ليست بحرام لان

الحاصل من هذا القياس

بعض اللهو واللعب ليس

بحرام وهو ما استثناء النبي

صلى الله عليه وسلم في قوله

هو المؤمن باطل الا في ثلاث

تأديبه لفرسه ورميه عن

قوسه وملاعبته مع أهله

وقوله (بضرب القضيض)

عني به خشب الحارس

(قال المصنف ولوعلم قبل

الحضور لا يحضره) أقول فيه

كلام لان الحديث ينتظمه

قوله لقوله تعالى اعلموا انما

الحياة الدنيا لعب الخ) أقول

المراد بها أمور الدنيا عني

ما لا يتوصل به الى الفوز

الاجل (قوله ليس بحرام)

أقول يعني مطلقا (قوله

لان الحاصل من هذا

القياس بعض اللهو الخ)

أقول يمكن القياس الاول

يقضي الكلية كما لا يخفى

ثم ان الاولى ان يجاب بأن

الكلام على التشبيه فليتم

(قوله وهو ما استثناء النبي

عليه الصلاة والسلام)

أقول فيه نظري يظهر وجهه

بالنظر في كتب التفسير

وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر لانه يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه
لان قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيض

والجواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد
أن اجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وبين تمام تقرير الدليل بأن الدعوة على
ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى ولية أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك
ولم يكن ثمة شيء من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى
الى ذلك وذكر أن ثمة شيء من البدع فعلم المدعو قبل الحضور وفي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه
السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة
للدعوة أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم
التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول
الحديث المذكور يعبر ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذا لم تكن للعهد
الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم
معرفة باللام ولم يظهر هناك معه ود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان
عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا
ضرورة توقيفية فابن النصوص مهم ما يمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه
حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافتقر قوله ودلت
المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيض لان محمد ارجه الله اطلق اسم اللعب
والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو الله هو حرام كذا في العناية وهذا التعليل
كافي في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندى وقد زاد جهرا الشرح على
ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو الله هو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل
الا في ثلاث تأديبه فسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره
محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم
فاللعب وهو الله هو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة الله هو النص والكلام في دلالة المسئلة على
ذلك فلا يتم التقرير بخلاف ما اذا لم يؤت بذلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو الله هو حرام اذ ذلك
متفردا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل
أن محمد لما اطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو الله هو حرام
مطلقا وهو جيد مفيد للدعي وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان
باطلا ينافي قولهم في أول التعليل لان محمد اطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد
في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيه مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه
الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل
لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة
اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي اطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى
بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول ببق شيء في أصل كلام المصنف وهو أنه لو اعتبرت دلالة
المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث
المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الآن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقدير انباء
على كونها مستثناة في الحديث صريح ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لأن الآية لا بما يحرم يكون

لا ابتلاء الدنيا لعب ولهو وأما الحياة الدنيا لعب ولهو وأما الحياة الدنيا ليست بمحرام
لأن الحاصل من هذا القياس بعض الشيء والتعب ليس بمحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في
قوله لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث تأديبه نفسه ورعيه عن نفسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول
أراد القياس في قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض الشيء والتعب ليس بمحرام القياس المنطقي الذي
ذكر في السؤال على الشك الثالث من الاشكال الأربعة بقصة الاقتراء وبالحاصل منه نتيجة وأسأل
بقوله بعض الشيء والتعب إلى جرئية تلك النتيجة بناء على أن الشك الثالث لا ينتج إلا جرئية كما تقر في
موضعه فبطل قول بعض الفضلاء من الشك القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكم غفل
عن كون القياس المذكور على الشك الثالث أو عن كون نتيجة الشك الثالث جرئية لا غير ذلك بعض
المتأخرين هنا أن شرط انتاج الشك الثالث كلية إحدى مقدمتيه وهي حينئذ متينة انتهى أقول ليس
هذا أيضا صحيح إذا تظاهر أن كتمام مقتضى القياس المذكور كيتان صغراهما سرجبة كلية وكبراهما
سالبة كلية وإن حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلي دون السلب الكلي فكذلك الأولى مقررة
وأداة سور الكلية هي التام الاستغرافية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها بمنحصر في لفظة
كل بل كل ما يدل على الكلية من الالتفات في أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره
صاحب العناية نظر فإن قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض الشيء والتعب ليس بمحرام جسد
وأما قوله وهو ما استثناء النبي عليه السلام فلا لأن القياس المذكور إنما ينتج أن بعض الشيء والتعب
وهو الحياة الدنيا ليس بمحرام فإن الذي كان هذا أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد
بالبعض في النتيجة وتنبه لهذا ما إذا قلنا كل إنسان حيوان ولا شيء من الإنسان بفرس فإنه ينتج أن بعض
الحيوان الذي هو الإنسان ليس بفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس بفرس واللام يكن لحد الأوسط
تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعه وهذا كله غير خاف على من له درية بعلم الميزان فإذا
كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض الشيء والتعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بمحرام فلا معنى
للتخصيص به بالصورتين الثلاث المستثناة في الحديث لأن ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى
فما لوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لا مكان أن يورد السؤال بصورة
القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملائكة كلها حراما كانت الحياة الدنيا أيضا حراما لأنها اللعب ولهو
لقوله تعالى اعلموا أن الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بمحرام ينتج أن الملائكة كلها ليست
محرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتم حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى
اعلموا أن الحياة الدنيا لعب ولهو أنهم رأوها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كالعاب ولهو على طريق
التشبيه البليغ يعني أنها كالعاب والله في سرعة فنائم أو انتصائم أحس به في التفسير فلا يلزم من
عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لأن
الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملائكة كلها حرام لأن الابتلاء
لا يكون إلا بالمحرم وقد أشار إلى هذا القصر بتقديم الجار والجور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول
لغائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم وأما
دلالة على حرمة كل الملائكة كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت به هذا مرة انتهى ولا شك أن
ما ابتلي به محرمة لا يكون كل الملائكة بل إنما يكون شيئا معيناً منهم أو اعتراض عليه صدر الشرع بوجه آخر
حيث قال في شرح الوفاية قاروا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال إن الصبر على الحرام لا إقامة
السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون بالسماح عرضاً عن ذلك الله ومنكره غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسألة

﴿فصل في اللبس﴾ لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لايجل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدلل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء) (٩٩) بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال

على حله لمن امان أن يكون قبل الاول فيمنسج به أو بعده فيتمارضان لان العام كالتخصص في افادة القطع عندنا وأولاهم لم التاريخ فيجعل المحرم متأخر التلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن ايام من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فيمنسج به المحرم

﴿فصل في اللبس﴾ قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود ببيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليقم الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدته الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى) أقول لم يتعرض للعموم النهي لانه لا يظهر به العموم فيماد كرمع أنه فسر قول

﴿فصل في اللبس﴾ قال (لايجل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباغ وقال انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم علي رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكرهما متى حلال لانا نهم ويروى حل لانا نهم مشتهل ولا تملذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا التزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلامها تصير واجبة بالشرع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فحوز كافي صلاة الجنائز اذا حضرته النباحة وقد صرنا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهم منكر الله غير مشتهل ولا تملذذ به لا يدفع حرمة ذلك لله ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشموع أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاحى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ به امان الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني تصور اختصار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورد صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ايرادها حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاحى لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو مخطور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذراً عن ارتكاب المخطور فالظاهر أنه جالس مع عرضاً عن ذلك اللهم منكر الله غير مستعمل فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو وفعل هذا لا يكون مبتلى بمحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحرير وعراه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده رده فاني بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركه اذ كره وبيان ما فيه تخاشياً عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

﴿فصل في اللبس﴾ قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما توارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقفني أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا النوع منه في غاية الاستبعاد فان مقتضاء الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود ببيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشار الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعبر الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبج اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخراً كي لا يلزم النسخ مرتين وهذا تأخر

المصنف لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستنداً بلفظ لا تلبسوا (قوله امان أن يكون قبل الاول فيمنسج به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتمارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا عسمة للسؤال وهو حاصل الجواب

(الأن القليل عفوه وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفر بالسرير) لما روى أنه عليه السلام من عن لبس الحرير بالاموضع أصابعه أو ثلاثة أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أي حنيفة وقالوا بركه) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ويزيد كقول أبي يوسف وأحمد كرم الله ذريته وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب

قوله عليه السلام هذا حرمان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الأنث فيجعل قوله عليه السلام حن لانائهم مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لاخلاقه في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرمان على ذكره أمتي لان هذا وعبد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذا حرمان الحديث نص لبيان التفريق في حق الحلال والحرمه لذكر والأنث وقوله انما يلبسه من لاخلاقه في الآخرة لبيان الوعد في حق من لبس الحرام فكانا كالتظاهر والنص والنص راجع على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحلال للأنث متأخر وهو استعمال الأنث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير وهذا آية قاطعة على تأخره كما ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حمله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا ولا يعلم التارخ فيجعل المحرم متأخر التايل يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعد بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممنوع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان التردد المثلث المذكور فيه قبيح جسد ابل يحتمل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيتمارضان أنهم ما حيث يتعارضان فيمتسا فان فليس يصحح اذا المؤخر يكون ناسخا للأقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التسايف فيما اذا لم يعلم التارخ ولم يمكن الجمع بينهما باطلاب الخلاص كما نقرر كل ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهم ما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للأقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره ايضا نهي وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا العموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكره عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخاطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعد بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذا حرمان إشارة إلى جزئيين فمن أين العموم أجيب بأن المسرد الجنس ولست كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجع على اشارته واشارته ترجع على دلالاته فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذا حرمان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجع الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكور والأنثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لاخلاقه في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا يتمض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أي حنيفة وقالوا بركه) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممنوع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذا حرمان إشارة إلى جزئيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولست كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله (قالوا بركه) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممنوع) أقول على أن الاباحة الأصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الآن القليل عفوه وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الأصبع بذكر ويؤنث فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالوا بركه) يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام محلال لانائهم

لهما العمومات ولأنه من زى الا كسرة والجباية والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه
 ياكم رضى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفة حرير وقد كان على بساط عبد الله
 ابن عباس رضى الله عنهما مرفة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل
 من اللبس والاستعمال والجامع كونه غودجا على ما عرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباغ في
 الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباغ في الحرب ولأن فيه
 ضرورة فإن الخالص منه أذفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه (ويكره عند أبي حنيفة)
 لأنه لا فصل فيما روي بناء والضرورة اندفعت بالخلوط وهو الذي لجمته حرير وسداه غير ذلك والمخطور
 لا يستباح الا للضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فإنه قال فيها الرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف
 اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم
 قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لانا ثم ليس بمقيد باللبس
 بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهو ما مع كونهم مستدلين على مدعا هما ههنا بالعمومات
 كيف يتركان العمل بهوم هذا الحديث المشهور الذي روت جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم
 (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه
 من لا خلاق له في الاخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجوعا بغنائم
 ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل
 النار انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول جل العمومات
 على هذه المذكورات لا يكاد يتم لأن مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام
 ههنا في توسد والنوم عليه والظاهر أنهم ليسوا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لاني اللغة
 ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا أنهم ما
 في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا لمحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو
 العموم دلالة لا لعبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان
 حرمان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكني على جرة الغضا أحب الي من أن أتكني على مرفة حرير
 وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجهما حرير فقال هذا اللهم في الدنيا وانما في الاخرة انتهى واقتفى
 أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شيء فان العموم في
 الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين
 فلا لأن الثاني مخصوص بالاتكاف والنات مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر
 في شئ منهما العموم الا أن يتطرق في الثالث الى مجرد قوله هذا اللهم في الدنيا وانما في الاخرة مع قطع النظر عما
 قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمخطور
 لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لجمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة
 اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو قلنا المعنى على المخطور لا يستباح الا للضرورة فاذا
 أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الإيجاز الخ الى هنا كلامه
 أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمخطور لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لجمته
 حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإيهام انما يتصور أن لو تحقق الضرورة في غير
 الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة
 الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات)
 يريد به قوله نهى عن لبس
 الحرير وقوله انما يلبسه من
 لا خلاق له في الاخرة وما
 روى عن عمر رضى الله عنه
 أنه استقبل جيشا من
 الغزاة رجوعا بغنائم ولبسوا
 الحرير فلما وقع بصره عليهم
 أعرض عنهم فقالوا لم
 أعرضت عنا قال لاني أرى
 عليكم ثياب أهل النار
 والمرفقة بكم الميم وسادة
 الاتكاء وقوله (والجامع
 كونه غودجا) يريد به أن
 المستعمل يعلم بهذا المقدار
 لذة ما وعد له في الاخرة منه
 ليرغب في تحصيل سبب
 بوصله اليه وقوله (لا فصل
 فيما روي بناء) يريد به قوله
 صلى الله عليه وسلم هذان
 حرمان على ذكورا منى

(قوله يريد به قوله نهى عن
 لبس الحرير) أقول التوسد
 والنوم عليه ليس لبسا
 فكيف يستدل به الآن
 يقال ذلك في معناه وقد مر
 مثله في الفصل الاول

بالحرير) قبل هو اسم لنوب
سده حرير ولحمته صوف
حيوان في الماء وجملة
وجوه هذه المسائل ثلاثة
الاول ما يكون كاه حريرا
وهو الديباج لا يجوز لسه
في غير الحرب بالاتفاق
وأما في الحرب فعند أبي
حنيفة رحمه الله لا يجوز
وعندهما يجوز وقد مر
الوجه من الجانبين والثاني
ما يكون سده حريرا ولحمته
غيره فلا بأس بلبسه في
الحرب وغيره لان الحكم
اذا تعلق بعلة ذات وصفين
يضاف الى آخره ما يوجد
واللحمة كذلك والثالث
عكس الثاني وهو مباح في
الحرب للضرورة وهو باق
الهيئة في عين العدو ليرقه
ودفع معزة السلاح ولا
ضرورة في غيره فيكون
مكروها وقوله (على ما بينا)
اشارة الى قوله لان الثوب
انما يصير ثوبا بالنسج والنسج
باللحمة روى هشام عن محمد
رحمه الله أنه ما كان يرى
باللباس المرتفع جدا بأسا
قال خرج رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذات يوم وعليه
رداء قيمته ألف درهم ورجعا
قام الى الصلاة وعليه رداء
قيمه أربعة آلاف درهم
وأبو حنيفة كان يرتدي برداء
قيمه أربعة مائة دينار وقد
قال الله تعالى قل من حرم
زينة الله التي أخرج لعباده

ومارواه مجمل على الخلو قال (ولا بأس بلبس مسد حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخرق الحبر
وغیره) لان العناية رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخرز والخز مسدي بالحرير ولان الثوب انما يصير
ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعبرة دون السدي وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون
بين القز والظهار ولا أرى يحشو القز بألوان الثوب ملبوس والخشوع غير ملبوس قال (وما كان
لحمته حريرا وسده غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدام ما والا اعتبار
للحمة على ما بينا

للاستباحة لها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمخطو لا يستباح الا للضرورة وأما قوله
ولو جلتا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من
قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالاذني منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقبلا
في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة
اندفعت بالخلو كالحقيقة الحال فلا يوجب الإيجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى
وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمخطو لا يستباح الا للضرورة بالمقدمة
السابقة عليه وهي قوله والضرورة اندفعت بالخلو ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالخلو شروع
في الجواب عن دليلها ما العلى وهو قوله ما ولا لان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه
المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمخطو لا يستباح الا
للضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المخطو الشرعي لا يستباح الا للضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد
اندفعت بالخلو الذي لحمته حرير وسده غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية
في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكر لكون مستأنس المقدمة الاولى بدليلها العلى
أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد
(قوله ومارواه مجمل على الخلو) أقول فيه نظر لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس
الحرير والديباج في الحرب والمخل على الخلو ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة
والعصر ما كان كاه حريرا قال في المغرب الديباج الذي سده ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه
هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كاه حريرا وهو الديباج لا يجوز لسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في
الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سده حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه
في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم بهذا بان
الديباج ما كان كاه حريرا فلا مجال للعمل على الخلو في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج
والنسج باللحمة فكانت هي المعبرة دون السدي) قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا
تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال
لان الثوب لا يكون ثوبا باللباس وما والشي اذا تعلق بوجوده بشيئين يضاف الى آخرهما ما يوجد اقول
لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة
اذا تعلق بوجود شي بشيئين يضاف الى آخرهما ما يوجد اقول كل مما ذكره لا مستقلا منقطع
عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعبرة
أو نقول الثوب لا يكون ثوبا باللباس ما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما ما هو اللحمة انتهى لكن
لا يخفى عليه أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدي معا فالتعويل على الدليل
الثاني والله اعلم عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدي فيضاف كونه
ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها في معناه (الاباحاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة) بحقيقة المعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد
كيف وقد جاء في اباحه ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الاباحه بالفضة وهذا انص
على أن التختيم بالجور والحديد والفضة حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالي
أجده منك رأيتك الانصام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهر اخفى على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض
أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره
المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعاقب بشيئين يضاف الى آخرهما
لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معاً باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما
صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فادام يفسد ما ذكره
المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلاً مستقلاً وتلك
المقدمة دليلاً آخر فلا جرم نبه بجهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم
اباء الله بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل
الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التمام مع تحمل كلامه اياد فان عدم اعتباره في التعليل كون
اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدم وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة بجوز أن
يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقريره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنع
فانه قال والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال وتتمام النسج أو آخر النسج باللحمة والحب من ذلك
البعض أنه مع اعتباره بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث
قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معاً جعل ما ذكره
المصنف دليلاً مستقلاً بدون المصير الى تلك المقدمة فاختر بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ
وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما عزمه الا بعبارة الزبلي ولم
ينظر اولاً بل تنفت الى ما وقع في كلامه فحول المشايخ من جعل المجموع دليلاً واحداً منهم صاحب البدائع
فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوباً بالنسج واللحمة بالنسج والنسج تركيب
اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير في ذات الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه
أيضاً قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوباً بالنسج والنسج انما يأتي باللحمة آخرهما فيضاف
صيرورته ثوباً على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حراً حاكماً انتهى ومنهم صاحب السكاكي
فانه أيضاً جامع كانه لا ذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزبلي بقوله أو نقول الخ تقرير بذلك
الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيس النسج لاذكر دلائل آخر مستقلة مغايرة الاول في المعنى والمآل
يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما ينظر دون ما يخفى
انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي الالام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره
بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقلة لاعاد الالام فيه أيضاً تبصر (قوله ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح
فيما بعد بأنهم اذني منه حيث قال في تعليل حرمة التختيم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم
والاباحه ضرورية التختيم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى رهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في
معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال
بدلالة انص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكر

عليه وسلم هذان حرامان
على ذكر أمي ولا بالفضة
لأنه في معناه فان قيل
قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان على
ذكر أمي لكونه خبر
الواحد لا يعارض قول الله
تعالى قل من حرم زينة الله
الآية ولا يقيد به لان
التقييد نسخ فالجواب أنه
مشهور متفق عليه تلقته
الامة بالقبول فجاز التقييد
به وقوله (وقد جاء في
اباحه ذلك آثار) هو
ما روي أنه كان لرسول الله
صلى الله عليه وسلم خاتم
فضة فضة منه ونقشه محمد
سطر ورسول سطر والله
سطر وعن معاذ رضي الله
عنه أنه كان له خاتم من فضة
ونقشه محمد رسول الله
فقال له النبي صلى الله
عليه وسلم ما نقش خاتمك
يامعاذ فقال محمد رسول
الله فقال عليه الصلاة
والسلام آمن كل شيء من
معاذ حتى خاتمته ثم استوهبه
النبي صلى الله عليه وسلم
من معاذه فوهبه منه فكان
في يده صلى الله عليه وسلم
الى أن توفي ثم كان في يد
أبي بكر رضي الله عنه الى
أن توفي ثم كان في يد عمر
رضي الله عنه الى أن
توفي ثم كان في يد عثمان
رضي الله عنه حتى وقع
من يده في البئر فأنفق

ما لا عظميا في طلبه فلم يجد به فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأتى بلفظ الجامع الصغير لإدخاله في

(ومن الناس من أطلق) منهم ثمنس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختتم به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه ليس بجبراذليس له ثقل الجبر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الاصنام وأشباهها الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما رويناه) إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من يجوز التختم بالذهب

ومن الناس من أطلق الجبر الذي يقال له يشب لاندليس بجبراذليس له ثقل الجبر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما رويناه عن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو الخوذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن وانما يتختم القاضى والسلطان لمحاكاة إلى الختم وأما غيرهما فالانفصل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بعمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أى في ثقبه لأنه تابع كالعالم في الثوب فلا يعدل بأسه قال (ولا تشد الاسمان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما هما أن عرجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فالتخذ أنفاه من فضة فأنقش فأمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفاه من ذهب ولا يحنيفة أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تستدفع في الأنف دونه حيث أنقش قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحديد) لأن التحريم ما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالنمر لم يحرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخوفة التي تحمل فمسيح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمسح بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصادر كالتربع في الجلوس

أمتى وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المصطوف في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وإس الاصر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الجبر الذي يقال له يشب لاندليس بجبراذليس له ثقل الجبر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالشب بأنه ليس بجبر عما لا حاصل له لأن ما ليس بجبر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفير ولم يرد نص في حرمة التختم بالجبر كوروده في الذهب والحديد والصفير حتى يكون المقصود من نفي كونه جبرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاجزاء كالعقيق فإنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال نختموا بالعقيق فإنه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه جبرا أظهر نفعاً في إثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه جبرا وعن هذا قال الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضى كراهة التختم بالجبر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفير بل هو حجر وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا نص صريح بما علم من قوله الابائخاتم إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلالة انتهى أقول ليس ذلك بسديد لأن معنى قوله الابائخاتم إلا أنه يجوز للرجال التختم بالذهب لأنه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال التختم بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي إثبات بالارباب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صريح بما علم من قوله الابائخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضرورة روى ولو قال هذا نص صريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الابائخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مذهبهم

لما روى عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة اقتلعه ولكونه غوذا رجعل كالعالم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه سؤخ بحدِيث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فالتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أى لانه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف فتمسك من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالى مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت

عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة ولا وماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح بوضوءه بالخرفة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكره بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والالتكاف

ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمدا إلى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتى وإن أصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروى عن الثقات الآن البيت ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط النذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرقة قال الشاعر

إذا لم تكن حاجتا في نفوسكم * فليس بمن عنك عقد الرتام

بمعنى الهذروا اللعب والله أعلم

(٩٧)

والعقد مصدر بمعنى العقد للبالغ على وزن التفعّل كالتمذار والتلعاب

فصل في الوطاء والنظر واللمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل إلى المرأة ونظرها إليه ونظر

الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والأولى على أربعة أقسام نظرها إلى الأجنبية الحرة ونظرها إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظرها إلى ذوات محارمه ونظرها إلى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها إليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيع النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الأوجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضى الله عنهما بالكمال والخاتم والمراد موضع الكف والوجه والامة في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها منها ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا نفعنك اليوم إن همت بهم * كثرة ما توى وتعقاد الرتم وقد روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند التسيان

فصل في الوطاء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الأوجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما مظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكرة موضعا ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذوا وأعطوا وغير ذلك وهذا انقيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه قد يبد منها عادة قال (فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا للحاجة) لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه إلا نكح يوم القيمة

المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

فصل في الوطاء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعاق منها بالوطاء انما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير إذنها وعدم جواز ذلك في الحرة إلا باذنها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطاء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب أن يؤخذ كرواوط في عنوان الفصل أيضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطاء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطاء بالعزل في التعبير بعد التأخير يحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل إلى المرأة ونظر المرأة إلى الرجل ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضا نظر الرجل إلى الأجنبية الحرة ونظرها إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظرها إلى ذوات محارمه ونظرها إلى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله) قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما مظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول على وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقوله ما في تفسير قوله تعالى إلا ما مظهر منها فإن في تفسيره أقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شيء منها سوى قولهم لا يمكن دلالة قولهم على ذلك غير واضح أيضا إذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر إلى وجه الأجنبية كله وإلى كفيها بالكلية فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها منها ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

(١٣ - تسكملة ثامن)

قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزيلعي

الرتبة قد تشبه بالرتبة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الأيمان أنه كفر انتهى

فصل في الوطاء والنظر واللمس (قوله والأولى على أربعة أقسام نظرها إلى الأجنبية الحرة) أقول الأولى أن يقول إلى من لا يحل من الأجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعني فسر قوله تعالى ما مظهر

فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرز عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شئت في الاشتباه كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة) إقام المحرم وانعدام الضرورة والبالوى بخلاف النظر لان فيه بالوى والمحترم قوله عليه السلام من مس كف امرأه ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحته أو مس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح المجاز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه أسامة بن جحز التمرضة وكانت تغمز جليته وتغلي رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا

وسلم فنظر إلى وجهها ولم يرفها رغبة ومنه ما روى أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه ومنه ما روى أن فاطمة رضي الله عنها لما ناوت أحد ابنيها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها فلقه قرأى قطعتة فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحته) ومن يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تخص عما إذا كانت شابة أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسهما انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أظن يذكرك في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت عجوزا وإنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزا والأصل فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح المجاز في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيظ وغيره وما روى عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا يحال لا اختراع مسئلة تعجز ذلك بدون أن نذكر في الكتب نقلا عن الأئمة أو المشايخ ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأه ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة قلت المراد امرأه تدعو النفس إلى مسها أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقاءها فلا انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية أقول بردا لا اعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا الإشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هنا إذا الظاهر أن تلك المسئلة فيما إذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتبهة بمن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلية تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول فان قلت تلك المسئلة مفيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة قلت إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة ففي شأنه ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس إلى مسها إلا التي تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل والالزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا آمن على نفسه وعليها تأمل توقف (قوله وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليه ما محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه أه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها فتجاوز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وقوله (فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الأولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فإذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تقيم الحديث فان الحديث انما يدل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الأمن هنا وشأن ما بينهم ما فاض ذلك إليه ليتم التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما أى بوقوفه للفتنة بن شعبة رضى الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للعارية كالحائض والغلام) يعنى أن الخافضة والخائض (٩٩) يتظران الى العورة لأجل الضرورة

لان الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن يتظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للرجل والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله وإذا جاز الاحتقان جاز للخائف النظر الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجهه الاول أن الشاب اذا كان لا يشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن تمس الشاب لانهم اعلمت بما لا بد الجامع فيؤدى الى الاشتاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ماذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدى الى الاشتاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لا يشتهى

فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصاحبتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة بده أداء الشهادة أو الحكم عليها لأقضاء الشهوة وتحرز عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة اذا تشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن يتظر اليها وان علم أنه يشتهى) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن يتظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدر وابتست كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم يتظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كتنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للرجل وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمانة المرض

(قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصاحبتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكور ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها بعبارة فانه اذا لم تحل مصاحبتها عند عدم الأمن عليها ما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصاحبتها عند عدم الأمن على نفسه أو لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة قال بعض المتأخرين وقد يتور ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لأقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالى ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده بوسترته بشو بك لكان خبرك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة وله حد يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ ذاك حيا لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافضة على السرقة لم يكن ماذ كرم التنوير في شيء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا يعني كون السرقة أفضل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتمت له بل بعضهم ربما افتخروا به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب لالاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ماذ كره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ولا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتمت بها لا فيمساها فان السرقة فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لأقامة الشهادة عليه مباح هنالك أيضا

الصغير أيضا أن يمس لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خير بأبي يحيى عما يحالفه ظاهر في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الخنثى من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة اذا تشتهى قيل يباح) أقول لعزل المراد اذا خافه الاشياء

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ
المروزي رحمه الله ان السرة أحد (١٠٤) حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي

قال (وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدن الاماين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبته وروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت أن السرة ليست
بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما يقوله الشافعي والفقهاء
عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر
محمد بن الفضل الكباري معتدافيه العادة لانه لا معتبر بهما مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله
عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفي بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع
ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان
في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسنتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا
اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه
ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التمتك فمن أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج
ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك اذ يكفي في اباحه ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة
الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه
ولاعلى أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأه فلا
بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتمها ابتداء على أن مقصوده اقامة السنة لاقضاء الشهوة كما سألني في
الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لا مكان ترك
تزوجها الداعى الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن
المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذفه (قوله وينظر الرجل الى جميع بدن الاماين سرته
الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو
القسم الثالث منه كما يشق عليه على من نظرا الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة
ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي
فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على
أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما
عصمة في اثبات أن السرة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي غل في
اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها أحد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل
في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل
عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة
وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعالج بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز
أن يكون مذهب ما واحد او المأخذ متعدد فاما ذلك كوريكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك
وهو أن السرة محل الاشتراء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين
وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر أصلا فانه
لم يظفر بالجواب عنه فبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

على أبي عصمة غير مستقيم
لان هذا التعليل انما
يستقيم على قول من يقول
ان الركبة عورة وهو
لا يقول به وهذا ساقط لان
المصنف رحمه الله لم يعمل
بهذا التعليل في هذا
الكتاب وانما ذكر المذهب
فيجوز أن يكون مذهب ما
واحد او المأخذ متعدد
فاما ذلك كوريكون تعليل
لابي عصمة وتعليل الشافعي
غير ذلك وهو أن السرة محل
الاشتراء والركبة عورة
خلافا للشافعي رحمه الله
استدلالا بالغاية فانها
لا تدخل تحت المعيا
والفقهاء عورة خلافا لاهل
الظاهر فانهم يقولون
العورة هي السورة دون
ما عداها لقوله تعالى فبدت
لهم ما سواهم وما والمراد به
العورة وما دون السرة
الى منبت الشعر عورة
خلافا لما يقوله الامام
أبو بكر محمد بن الفضل
الكباري رحمه الله معتدا
فيه على العادة (قوله
لانه لا معتبر بهما) أى
بالعادة (مع وجود النص)
جواب عن قول محمد بن
الفضل منعافا بقوله
وما دون السرة الى منبت

الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدي

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكباري) أقول
بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجرهد وارفع ذلك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحترم والمبج وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوءة حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب إن لم يلج

فأقول في الجواب الفاطم لعرق الاشكال ان في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي احداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما معا عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال لا دلي منهما وهذا أصح الوجهين واذا قدر رده فافجاز أن يكون تعليل الشافعي في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انهما أحدهما للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثمانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثمانية عنه بل لا ينافي أيضا اشتراكه معه في تعليله بقوله انهما أحدهما العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل تقف (قوله وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عيسى بن اسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته في بعض طرق المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المثل بهذا المثل وفي مجمع الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عيسى بن اسحق أن أبا هريرة رآه لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انهمى وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروایتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعا بنا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في صحيحه حيث حسب أن معني قوله ووضع يده على سرته ووضع أبوهريرة يده على سرته الحسن فبني عليه عدم مخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرته الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما ثم بني عليه أيضا كلامه التلويحي يعني لو سلم المخالفة بينهما ما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعا بنا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن ولم يمسها الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معني قوله ووضع يده على سرته ووضع الحسن بن علي يده على سرته نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو تركه العاطف والسالك مسالك الاستئناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معني رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرته الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصود منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على

وقوله (وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه ما) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رجهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولأن الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لأنهم ما) أي لأن النظر والمن فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه) عكس
شما القسم الذي نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أي فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحبا وعدم نظرها إليها واجبا
هذان الشيعة علي بن أبي طالب والغالب (١٠٣) كما تحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة

(وما يباح النظر إليه لرجل من الرجل يباح المس) لأنهم ما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز
للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة
في النظر إلى ما ليس بعورة كالناب والذواب وفي كتاب الخنثى من الأصل أن تنظر المرأة إلى الرجل
الاجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ فإن كان في قلبها شهوة أو
أكبر رأيها أنها تشتهى أو شككت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل إليها
وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا الإشارة إلى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالتحقق
اعتبارا فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة
غير موجودة في جانبها حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الانقضاء
إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر
إليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل إلى الرجل وكذا الضرورة
قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جرم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر إليه من
الرجل يباح المس لأنهم ما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواءها في منع كيف
وقد مر أن وجهه الاجنبية وكيفية الاستاء بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر إليها إذا أمن الشهوة
ولكن لا يجوز له أن يمسها ما وان أمن الشهوة فلم يستأثر بالنظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنها مسها
سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كافي الصورة المارة فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس
كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة فما ذكرهما من حديث الاستواء مقتضى
القياس وما مر وجوب النص فلا تنافي بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر
الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر
الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه أقول ليس الأمر كذلك في الظاهر إذا الظاهر أن المراد
بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع
بدنه إلا ما بين سرتي إلى ركبته فإنه الصالح لأن يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليه أن هذا الذي ذكر
هنا ليس بعكس ذلك وإنما هذا عكس القسم الأول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده
بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الأول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لم يسم يستوف بعد
أقسام ذلك القسم الأول بل أدخل في خلالها الأقسام الثلاثة الأخرى من أصل التقسيم كما سخط به خبر لم
يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلمة بل كان في عهده إلا أن بيان ما بقي منه في هذا الاعتبار جاز أن
يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وإن كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم إن بعض
المتأخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال ولونكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشيء إذا
لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفرادها وإن
كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضعين معا تعرف الجنس لأن ينكر الثاني ولا الأولى تأمل
تفهيم (قوله وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) قال صاحب العناية

الاجنبية لا تجوز الصلة في
الاجنبية تجوز الصلة في
السفينة وأعدان دوار
الرأس فيها غالب وإذا كان
كذلك فإذا نظر الرجل إليها
شتمها أو حدث الشهوة في
الجانبين في جانبها حقيقة
لأنها المفروض وفي جانبها
اعتبارا لقيام الغلبة مقام
الحقيقة وإذا نظرت إليه
مشتبهة لم توجد الشهوة
من جانبها حقيقة لأن
الفرض أنه لم ينظر ولا اعتبار
لعدم الغلبة فكانت
الشهوة من جانبها فقط
والمتحقق من الجانبين في
الانقضاء إلى المحرم أقوى
من المتحقق من جانب
واحد لا محالة قال (وتنظر
المرأة من المرأة الخ) هذا
هو القسم الثالث من أصل
التقسيم ما جاز للرجل أن
ينظر إليه من الرجل جاز
للمرأة أن تنظر إليه من
المرأة لوجود المجانسة وعدم
الشهوة غالبا والغالب
كالتحقق كما في نظر الرجل
إلى الرجل والضرورة إلى
الانكشاف فيما بينهن
متحققة قال صاحب
النهاية أي في الحمام وهذا
دليل على أنهن لا ينعن

عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لأن العرف الظاهر في جميع البلدان بيناء الحمامات للنساء وتمكينهن وعن
من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا
(قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الأول (قوله لأن الفرض أنه لم ينظر)
أقول متى فرض ذلك

أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في الميسر وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (٣٠) (والاول اصح) لان نظر الجنس

أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته لمجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتقائه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان لاهلي نوع ستر من الاقناب والشر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه أيتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاقل اصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا الاطلاق في النظر الى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح للنظر اولى الا ان اولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستمر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسب ان لو رواد الاثرون وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول اولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها)

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولي النهي ولم أدرك كيف خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد اتبلى بمثله فيما سمر كما عرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل محل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له ههنا منه بيان ما عتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامراتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقلبي بقلبي وهو يقول بقلبي بقلبي ولو لم يكن النظر بما حلتا تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيسى تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا الا لأنه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلما ولا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم أر منه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بقلبي بقلبي وهو يقول بقلبي بقلبي لا يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تسمية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالتسمية وتظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما مما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحسرة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأذبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقر فيما سمر عدم جواز

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً أي وإن كان ذارحاً محرم منه إلى ما بين سترته إلى ركبته علم عدم
 جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سترتها إلى ركبته بالاولوية
 لأن النظر إلى خلاف الجنس أعظم وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذه المقام إذ كثر شيء مما بين
 السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا إلى شيء من ذلك
 انتهى وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فإن قلت المقصود من ذكر الفخذ
 في الكتاب بيان الواقع والتصریح بما علم التزاماً بما تقدم قلت فيجوز أن لا ينظر إلى بطنها
 وفخذها ما بين سترتها إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها
 وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسيه انتهى فإن فيه عموم الافادة فإن قلت المقصود بالاكتمال ذكر
 الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة بالاولوية
 قلت فيجوز أن لا يحل الا كفاء بذكر الركبة فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي
 الفخذ أخف منه في السرة كما تقر فيما صرح به ذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه
 في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسواء أيضاً دلالة بالاولوية لكونها أقوى منها
 في حرمة النظر ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات
 الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة
 والنسبة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كسبي وجعل المحرم ههنا مصدراً مما يجتمع في الحرمة مع علم
 استعماله فيه لا بلائحه تفسيره بما سيجي عتأمل إلى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولاً فلا بد لو كان أصل
 التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى
 المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة محتصاً بالمحرم بنسب إذاً الرحم لا يتصور في غير النسب فلا
 مجال لأن تكون النسبة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لأن
 النسبة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلمة حتى تنقله من الخصوص إلى العموم وبالجمله بين أن يكون
 معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكور المحرم بسبب تنافي لا يخفى
 وأما ثانياً فلا بد من قوله وجعل المحرم ههنا مصدراً مما يجتمع في الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائحه تفسيره
 بما سيجي وليس بسديد فإن كلامه من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلائحه تفسيره بما سيجي
 في حيز المنع أما الأول فلا بد من قوله في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضاً وقال في البدائع النساء في هذا
 الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكرحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كلام
 والبنات والجمعة والحالة ونوع منهن ذوات المحرم بالارحام وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة
 ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرات ونوع منهن
 من ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والعمة والخال والخالة اهـ ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور
 ثمة في مواضع متعددة أعني يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم واليمنى
 منه بمعنى الحرمة لا غير كفي قوله ذوات المحرم بالارحام وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم
 بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والدوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيان ولا بأس بالرجل
 أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الأولاد
 والعمات والخالات إلى شجرها ورأسها وصدرها وبطنها وعقها وعضدها وساها ولا ينظر إلى
 ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سترتها إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو ماهرة
 كزوجة الأب والجدوان والاولاد وزوجة الابن وأولاد الأولاد وانساباً المرأة المدخول بها فإن لم
 يكن دخل بها فهي كلاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يدين زينبنا الا بالبعولتين الآية والمراد والله أعلم بموضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهور والبطن والفخذ لانهم ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الخرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلمنا انتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة

الى كل ذات محرم بموضع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها اذ لا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما الايالة تفسر بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفسر المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني وبعضه تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول بباح النظر الى موضع زينبنا الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعلات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم بنفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قواهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل بتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يدين زينبنا الا بالبعولتين الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يدين زينبنا الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة إنما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وإنما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم كإفصاح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها أو مسها لعموم قوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يدين زينبنا الا بالبعولتين الآية فيبقى غض البصر عما وراءها أموراً به واذل المحل النظر فالس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرات من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهر أمي ولو لا أن ظهرها محرم عليه نظر أو مس المسامحة الظاهر منكرات من القول وزورا واذ ثبت هذا في الظاهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله) ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الخرج قال بعض المتأخرين وتقرر بهذا الدليل واضح الآن قوله يدخل على البعض من غير استئذان بشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يدين زينبنا (الآية) والمراد والله أعلم بمواضع الزينة كالحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلاً اذا كان منهياً عنه فإبداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والا كليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القفلة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعنق موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخصاب والساق موضع الخنخال والقدم موضع الخصاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانهم ليست مواضع الزينة وباقى كلامه واضح

وهو لا يجوز له أن يمس
بعض الضرورة وقوله الرغبة
فيه أي في شربه وقوله في
الاسم متعلق بقوله أو
سبب حاجته لأن الاستدلال
نلتحق في المسافرة بغير
لحمها بالسكاج فإن بعض
من الفقهاء هم أنه قال
لا يثبت حل لمس والمطر
بالمساعة فسما لأن ثبوت
الحرمه بطريق العسرية
على الزاني لا بطريق الشهوة
لأنه لا ظهرت خيانته مرة
لا يؤمن ثانياً والأصح أنه
لا بأس بذلك لما بينا أنها
محرمة عليه على التأيد
ولا وجه لقوله ثبوت الحرمه
بلسريق العقوبة لأنها
ثبت باعتبار كرامة الولد
على ما عرف في موضعه
(قال ولا بأس بأن يمس ما جاز
أن ينظر إليه من الرجود
المقتضى للإباحة) وهو
الحاجة إلى ذلك في المسافرة
وانتفاء المانع وهو وفور
الشهوة وقوله (الأذا كان
يحاف عليها) استثناء من
قوله ولا بأس وكلمة فوق في
قوله عليه الصلاة والسلام
فوق ثلاثة أيام صالحة لأن
حرمه المسافرة بآبته في
ثلاثة أيام أيضاً فكان
كقوله تعالى فإن كن نساء
فوق اثنين وإذا جازت
المسافرة بهن جازت الخلوة
بهن لأن في المسافرة خلوة

(قوله لأنه لا ظهرت خيانته)

(الح) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولأنه الح

وحرّم من لا يجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كإرضاع والمساورة ما جاز
المعنيين فيه ورواه كذا كذا المشاهدة من كذا أو سبب في الأصل ما بينا قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز
أن ينظر إليه من الرجود) لتحقيق المطالبة إلى ذلك في المسافرة وقوله الشهوة للحرمية بتدليله لا في وجه
الاجتماعية ركنها حيث لا يباح لمس وان أبيع النظر لأن الشهوة متكاملة (الأذا كان يحاف عليها
أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العيان ترثيان وزناهما
النظر واليدان ترثيان وزناهما البشعر وحرمه الزنا بذوات المحارم أعظم فيجانب (ولا بأس بالخلوة
والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعه ما زوجها أو نورح
حرم منها

ثم استدلل عليه بما مرّ انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير
استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لأن الأمر
مندرج في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم
الدخول في بيت الغير فلا يدخل إلا بمحض إرادته أو يكون أجنبياً أو من محارمه فان كان أجنبياً فلا يحل له
الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضاً وان كان يجوز له النظر إلى
مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الآن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لأن المحرم
مطلق النظر إلى مواضع الزينة متأمراً بما انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الأجنب من غير
استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان، كرويه ويكتفي في التأدي إلى المخرج بريان
العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يدح في حكم الشرع
والخرج مدفوع ثم عاذاً اشكال (قوله والمحرّم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب
كان أو بسبب كالرضاع والمساورة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقوله الرغبة كذا
في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقوله الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي
أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لمّا أجاز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع
نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكره وأما زاده
ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون
بسرقه بعضهم من بعض انتهى كلامه واقترن أثره العيني في ذكره هذا السؤال والجواب بعينهما
أقول ليس الجواب بتمامه أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو
أحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرق لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد
وعلى قول أبي يوسف أيضاً في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق
عليه وإذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور
على قول الأكرثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرق ولا يدفعه عدم القطع
عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأيد ذلك بما ذكره شيخ
الاسلام خراهر زاده فلان لا يمكن للمحرّم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح
قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذين المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول
من غير حشمة واستئذان كما تحققت ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الداء في قبول
السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالأولى في الاستدلال على
كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أى اركاب ذوات المحارم والاصل فى ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة (١٠٧) رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان ذلك لاعن شهوة قطعاً فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (وينظر الرجل من ملوكة غيره الخ) هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله عـلاها أى ضرب علاقتها وهى رأسها بالدرة وقوله (خلا فالما يقول محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى مادون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كفى المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكالها فى الماء ولقطة الملوكة تنظم المسدرة والمكاتبه وأم الولد تحقق الحاجة والمستعانة كالمكاتبه عند أبى حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كفى المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد فى الاصل الضرورة فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولابأس بأن عيس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتمى) كذا ذكره فى المختصر وأطلق أيضاً فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتمى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتمى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الذمراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامه لم تعرض فى ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بيننا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشتمى ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد ولو جود الاشتماء قال (والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفعل) لقول عائشة رضى الله عنها ان خصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله ولانه فحل بجامع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بالارحام فحكمهم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها فأسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلى عليك فانه علمك أرضعتك امرأه أخيه انتهى وقال فى المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمه بالرضاع وكذلك المحرمه بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهم ما بقوله فجعله نسباً وصهراً (قوله وقوله عليه السلام ألا لا يتخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرماً) أقول انما أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجاً فهذا الاحتمال كيف ثبت المدعى وائتمس كونه المراد ذلك فجواز أن يتخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفعل) أقول عائشة رضى الله عنها ان خصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله قال الشارح العيني ههنا يريد ان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها وانما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثله ثم نالوا أضرهم فليغزى خلق الله وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب ان خصاء مثله ذكره فى كتاب الحج الثانى ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتمى) كذا فى المختصر وأطلق فى الجامع لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشتري جارية لابأس بأن عيس سافها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفتين والباقي واضح

وقوله (وإذا نكحت في الردي من الأفعال) يعني من يمكن غيره من نفسه احترازاً عن النكح الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى

النساء فإنه رخص بعضهم ما يختار جهنم الله في ترك منه مع

أما استدلاله بقوله تعالى أو التابعين غير أولى إمرية من الرجال قيل هو النكح الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المحبوب الذي جنب ماؤه وقيل المراد به الأب له الذي لا يدري ما يصنع بالنساء اتعاضه بنفسه وفيه كلام لأنه إذا كن شابتي عن النساء وأما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً ماتت شهوته والأصح أن نقول فوله تعالى أو التابعين من المنشبهات وقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم يحكم نأخذ به واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالخاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والفضل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الفضل الذين لم يظهروا على عورات النساء أي لم يطلعوا أي لا يعرفون العورة ولا يعيزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للملوك واضح

وكذا المحبوب لا يسحق وينزل وكذا النكح في الردي عن الأفعال لأنه فعل فاسق وأما الأصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والفضل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للملوك أن ينظر من سببه إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي لقوله تعالى أو ما ملكك أعيان من ولان الحاجة متحققة لدخوله عليهم من غير استئذان ولأنه فعل غير محرم ولا زوج ولشهود متحققة لجواز ذلك كاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت

الخاصل مثل لا يدل على أن النظر الخاص إلى الأجنبية كالفعل إلى ههنا كلامه أقول كل من أراد به ساقط أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال وتقرر في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وإن لم يقبل عند الشافعي بدون أن ثبت اتصاله من طريق آخر كراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق حتى قالوا أنه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها أن كن من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضاً مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلأن قوله فلا يبيع ما كان حراماً قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتمرات فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه وإنما يجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا إجماع أو الكذب والثاني منتف فتعين الأول لاقيماً بدرك بالقياس لأن القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد بخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في علم الأصول حيث قالوا ولا نه فعل بجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الميم وينزل بضمها أي يفعل الانزال ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العيني لأنه لو كان معني ينزل هنا بفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلاً مستزلاً إلا أن المقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطي أي يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى صحيح هنا إلا ثبت المطلوب بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة الانزال فإن هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر إلى الأجنبية لاحتمال وإنما العلة الهاشمية فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والخاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أن في النكح الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولاً فلا نه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة الماردة أعني الخاص والمحبوب والنكح بحكم كتاب الله تعالى بل الرب وهو قوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعوثهن في الخفاء فمما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان جملة على الثلاثة جميعاً ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

(قال المصنف والخاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أي في النكح الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بحكم كتاب الله

تعالى) أقول إطلاق المحبة لعله على التشبيه (قوله أي لم يطلعوا) أقول فقوله لم يظهروا من الظهور والمعنى الإطلاع والمراد

وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمتهما بالله (قال سعيد)
أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيد بالنسبة ليتناول السعيد بن (والحسن وغيرهما) سمرة بن
جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم
فأولودخوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض وعورض بأن
نظر الاماء الى سبيدتهن استقيم من قوله تعالى أو نسائهن فلو جلت هذه
الآية على الاماء لزم التكرار وبأن الاماء لو لم تكن مرادة
من قوله تعالى أو نسائهن وجب أن لا تكون مرادة
من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم أيضا لان البيان
انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على
أحد أن الامة أن تنظر الى سيدتها كالأجنبيات والمالك
ان لم يزد تسمية فلا أقل
أن لا يزيد تضييقا وأجيب
عن الأول بأن المراد
بالنساء الحريرات المسلمات
اللاتي في صحبتهن لاندليس
لؤمنة أن تجرد بين يدي
مشركة أو كناية كذا عن
ابن عباس رضي الله عنهما
والظاهر أنه أريد بنسائهن
من يصحبهن من الحريرات
مسلمة كانت أو غيرها والنساء
كاهن في حل نظربعضهن
الى بعض سواء والمراد من
قوله تعالى أو ما ملكت
أيمانهم الاماء وعن الثاني
بأن حال الامة يقرب من حال
الرجال حتى تسافر من غير
محرم فكان يشكل أنه يباح

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
(ويعزل عن أمتة بغير انزها ولا يعزل عن زوجته بالانزها) لانه عليه السلام نهى عن الزل عن الحرمة
الانزها او قال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرمة قضاء للشهوة وتحصيل الولد ولهذا
تخبر في الحب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرمة بغير انزها ويستبد به المولى

ذكره أولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فـ لان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال
تفصيلا سابقا يكون ماذ كفي حيزها لتخص ذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام
المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أريد بالضمير
المجروفي قوله يؤخذ فيه الخنث بالعنى الغير المذكور فيهما صريحا على سبيل الاستخدام كما
زعم ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكامة الحاصل مساس بمقامها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة
(قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناول السعيد بن علي ما
رويناه من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال
أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول
السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون المشترك عموم في موضع
الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول
السعيد بن هو التناول على سبيل البديل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول
معانيه على سبيل البديل واقد صرحوا به حتى قال الحق التفتازاني في التلويح والمشارك مستغرق
لمعانيه على سبيل البديل والذي لا يجوز عند نادون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل
الشمول في اطلاق واحد كما تقر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير
وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك
ما وضع لمعان انتهى أقول كذا دخله ليس بشيء أما الاول فلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع
سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو
سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهم ما والامام كان علما
لكل واحد منهم ما بل لقد هم زيادة اظهار المراد وتعيينه وإذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا
للسعيد بن كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزم ترك النسبة وصحح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم
مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم الخوف فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان
الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك
أيضا لا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك
فان المشترك ما وضع متعدد بوضع متعدد أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له والأمر في العلم المشترك

لها التكشف بين يدي أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله أو نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحريرات دون الاماء والباقي واضح والله أعلم
(قوله ليتناول السعيد بن) أقول فيلزم الجمع بين معني المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد
(قوله فلو دخلوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ماذ كره لزم التعارض بين قوله قل
للمؤمنين الآية وبين قوله لا البعولهن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

ولرکان تخته اُمّه شره فندذ کرناه فی التسماح

فصل في الاستبراء وغيره

كذلك فلا يتناول مجيئة بوضع واحد بل لكل واحد منهم موضع مستقل كما عرفت في مرضه ثم إن صاحب العناية على كون المراد بانصر الاما مبرجة آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم لزوم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولنا فلهذا يقتضى مخاطب الاناث أيضا بقوله تعالى وقصل المؤمنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ذلك أن لا تدخل الاماء أيضا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقصل المؤمنات يغضضن من ابصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانيا فلان لا لزوم من كون الذكور من الممالك مخاطبين بقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من ابصارهم دحر لهم في جانب الغاضبين من ابصارهم لافي جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم لتبعض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضهم ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من الممالك في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لم يلزم التعارض بين الايتين أصلا وانما يلزم أن تكون احدي الايتين مبينة لما في الآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم على تقدير أن لا يدخل فيه ذكر الاماء اليك كما هو مذهبنا وكذلك انظاره من قوله تعالى الالبعل لهن أو اباؤهن أو آباء تبعهن الى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من دقق النظر رخصي (قوله ولو كان تحت أمة غيره فردد كراه في النكاح) يعني قوله واذا تزوج أمة فلاذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الاذن بها قال في البسائع وجه قوله أن لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز الجنس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لمكان خوف فوت الولد الى ابيه فيه حق واخذوه في الولد للمولى دون الامه وقوله ما فيه نقصان قضاء الشهوة فلناهم لكن حقه في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماله وهو يجمع امرأة من غير انزال ولا يكون له الحق المخصوصة فدل هذا على أن حقه في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق المخصوصة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فله بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لافيه انتهى أقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق المخصوصة اذ لا شك أن حقه لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقه ألا يرى أن الزوج حقه في حق المخصوصة في الحب والعنة بلا خلاف وان لم يكن لها صنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق المخصوصة فيمن لا ماله وهو يجمعها من غير انزال كون حقه في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال فكذلك في العزل تدبر

في الاستبراء وغيره
 آخر الاستبراء لانه احتراز
 عن وطء مقيد والمقيد بعد
 المطلق يقال استبرأ الجارية
 أي طالب براءة زوجها من
 الحمل وأوطأ من موضع
 على ثلاث مراحل من مكة
 كانت به وقعة لمحي صلى الله
 عليه وسلم الاستبراء واجب
 وله مسدود رعداً له وحكمة

ففي فصل في الاستبراء
وعنه (قوله) لأنه احتراز
عن رضاء مقيد والمقيد بعد
المطلق (أقول) فإن قلت أين
الاحتراز عن الرضاء المطلق
فيمسابق قلت فهم ذلك
بما رآي الدلالة أو الإشارة
فإنه يتضمن اللبس فأنهى
عن المسئى عنه فلهذا
منع بالرضاء فتأمل ثم قوله
رضاء مقيد أي مقيد زمان

فصل في الاستبراء وغيره ✽ قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فانه يتضمن اللبس فاللهي عن المس نهى عنه فلهذا عذونه بالوطء متأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلا نهم ما قالوا لان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بآين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل حرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون حرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانقضاء المقيد

أما وجوبه فبحديث سبأيا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحمضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستناع أبلغ نهى مع وجود الملك

(١١١)

المطلق له واليد الممكنة منه وذلك

لا يكون إلا لو جوب وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وأما علمه فهو ارادة الوطء فانه لا يحل الا في محمل فارغ فيوجب معرفة فراغه

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقر بها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سبأيا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحمضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأني يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فاستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلأن مناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضاً لا معنى لقوله فلهذا عنوانه بالوطء لأن النهى عن المس إذا كان نهياً عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المقيد كور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الازال أخرج فيه نزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد مدعاهما فمد زمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما استعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسئلة كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقر بها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظراً من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها وزوجها بعد أن اشترىها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشترىها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكرنا في حيلة الاستبراء مع أن كلامنا من هاتيك الصور انحصاراً في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبيبة فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسبيبة في مورد النص في استحداث الملك والبدن فالعنى لانه أى استحداث الملك والبدن هو الموجود الصالح للسبيبة في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسبيبة ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك والبدن من غير مدخل فيه السبي كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبين علة الحقيقة وما يكون دليلاً عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السبيبة بأوضح وجه حيث قال لا يراه المو جب كونها مسببة لان كونها مسببة اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتمد ذلك انسداد باب القياس وانه مفتوح بانصوص فلم يبق ههنا الا كونها ملوكة رقبة ويدها وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضاً فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع وإلهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتى في الكتاب فن أن كان استبراء المملك قبل مباشرة السبب ظاهراً واثبت سلم كونه ظاهراً

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبأيا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ بها) أقول جمع الحائل وهي التي لا يحمل لها وقيل انما قال الحبالى لستزوج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل ونظيره الخدايا والعشايا كذا في شرح السكاكي والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل في مدخلية هذا المقيد في افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الآن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقاً (قوله وذلك لا يكون إلا لو جوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) أقول في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في

مورد النص وهو يصلح للسبيبة فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستبراء
وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما يحترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري
لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطاء والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه

النظر الى ما هو الاتفق به مال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المالك بناء على توهم
شغل الرحم بما يحترم فان مجرد توهمه كفى في وجوبه كما يظهر من البيان الاتي في الكتاب (قوله وهذا
لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستبراء) وأورد
عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يدعيه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من مائة
لعدم امكان الاختلاط بينه ما على ما صرح في باب التذير والاستيلاد فكيف ينوونها حكما حكما الاستبراء
على جواز انتهى أقول ليس هذا بشئ أذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قوله صيانة للبناء المحترمة
عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أي
ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاستبراء ويقصحه عنه قول صاحب الكافي في تعليل
الاختلاط أن الوطاء قبل أن يتعرف براءة رجها فخاف أن يولد فلا يدري أنه منه أم من غيره انتهى والذي
ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاط حقيقيا فلا نافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك
عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما يحترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذي فطرة
سلمية أن في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع استبراء وعن هذا قد اختلفت آراء
التأخرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي المراد من توهم الشغل
بما يحترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسير
المذكور يشعر بارجاعه ضميره الى توهم الشغل بما يحترم وليس بسد لان الامر في حقيقة الشغل
بما يحترم أيضا كذلك فلا وجه لاختصاصه بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصح جل قوله أن يكون
الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضميره والارجاع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى
بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بما يحترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح جل
عليه بالمواطاة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي الاستبراء لان يكون
الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع
كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا للضمير هو عن هائل هو لان يكون الولد
ثابت النسب بل لارادة الوطاء نظرا الى عائته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة
الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الوالد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم
ثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فغامعني القول بان الاستبراء
لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول في حل المتألم ان ضميره هو ههنا راجع الى ماء محترم منذ كور
قبيله والمعنى وهو أي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس
على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الامة من قبل في ملك الغير
نكاحا أو غيرا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيد بما يحترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان
الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه آخرج الكلام مخرج أو ضاع الشرع لا لا وضع
الشرع أن لا يكون الاتي الحلال انتهى كلامه واقتني أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه
حيث قال في بيان ماء محترم بأن لا يكون من بغي وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم
كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها لانه لا يحل على الصلاح انتهى وما لك بعض المتأخرين
في توجيهه التقييد بما يحترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي

وأما حكمته فهو التعرف
عن براءة الرحم صيانة للبناء
المحترمة عن الاختلاط
والانساب عن الاستبراء
وذلك عند حقيقة الشغل
أو توهمه بما يحترم بأن
لا يكون من بغي وانما قيد
بذلك وان كان الحكم في
غير المحترم كذلك فان
الجارية الحامل من الزنا
لا يحل وطؤها لانه لا يحل
على الصلاح أما الحكمة فلا
تصلح لاضافة الحكم اليها
لتأخر شاعنه

(قال المصنف وهو أن يكون
الولد الخ) أقول أي الاستبراء
لان يكون الولد الخ وحذف
الجار مع أن وان قياس
(قال المصنف لان العلة
الحقيقية ارادة الوطاء)
أقول لعل المراد هو التمكن
الشرعي (قوله وانما
قيد بذلك الى قوله على
الصلاح) أقول قوله جلا
تعليل لقوله وانما قيد وقوله
فان الجارية تعليل لقوله
كذلك (قوله ولتأخرها
عنه) أقول ولبطء منها

غير أن الإرادة أمر مبطن قيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطاء والتمكن انما ثبت بالملك والبدن
فانصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد بان يد وتعدى الحكم
الى سائر أسباب الملك كاشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

المسبو في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز ووطأ بلا استبراء مع
تحقق الزنا جواز مع احتمال اولي ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها
لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حمل وطئ لذلك عدم حله لشغل شتمل على أن عدم جواز وطئها
ليس لاحترام الماء بل لئلا يبقى ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل
من وجوه الاول ان قوله للمسبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل
صحيح للعدمي ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطئ الزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطئ الجارية
المزنية للتملك بلا استبراء وكيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها
حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرأ
لانه احتمال الشغل بماء الغير فوجب التنزه كافي الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ ولا
يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء
في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات
فلا يتم التقريب أصلا والثاني ان قوله فاذا جاز ووطأ بلا استبراء مع تحقق الزنا جواز مع احتمال
أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان محجوزا للوطء بلا استبراء لا يرتفع وجوب الاستبراء
في باب تملك الجارية بالكتابة اذا احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مسلمة ولو كان مراده أنه اذا جاز
وطأها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا جواز مع احتمال أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب
كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من
عدم حمل وطئ لذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بماء محتمر قيدا
لنحوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل ونحوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا
للجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد
نابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهم أن يكون الولد الحاصل منه
نابت النسب انتهى فاذا كان قيد الجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رجها مشغول
حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء بل لئلا يبقى ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض
المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا
مع عدم احترام الماء فيها فانما دفعها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن قيدار الحكم على
دليلها وهو التمكن من الوطاء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده ورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطاء ودواعيه وقال
ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما ثبت الخ والمراد من التمكن هو
التمكن الشرعي انتهى أقول كل من اراده وما اختاره ليس بنام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج
ممنوعا أيضا عن الوطاء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطاء والمنع عن الشيء انما يكون عند
القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعشى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة
في بيان أن الاستبراء يجب على المستزنى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطاء والنهي انما يستقيم

وأما العلة شهنا فكذا
لان الإرادة أمر مبطن
لا يطلع عليه لان بعض من
يستحدث الملك قد لا يريده
ذلك قيدار الحكم على دليل
الإرادة وهو التمكن من
الوطء فان صحيح المزاج اذا
تمكن منه أراده والتمكن
انما ثبت بالملك والماء
فانصب سببا وأدير الحكم
عليه وجودا وعدم تيسيرا
هذا في المسببة ثم تعدى الحكم
الى سائر أسباب الملك كاشراء
والهبة والوصية والميراث
والخلع بأن جعلت الامنة
بدل الخلع والكتابة بأن
جعلت الامنة بدلا فيها فان
قبل الموجب ورد في المسببة
على خلاف القياس لتحقيق
المطلق كما ذكرتم فهـ لا
يقتصر عليها فالجواب أن
غيرها في معناها حكمة وعلة
وسببا ألحق بها دلالة

(قال المصنف وأدير الحكم
عليه) أقول وجودا وعدم
كما يجيء في هذه الحقيقة
(قوله فان صحيح المزاج اذا
تمكن منه الخ) أقول فيه
بحث فان غير صحيح المزاج
ممنوع أيضا عن الوطاء
ودواعيه ولعل الادلى أن
يقول فان الظاهر أن
المتمكن منه يريده والتمكن
انما ثبت الخ والمراد من
التمكن هو التمكن الشرعي

وإذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعاً أو ورثتها وهي موطوءة وأسفه وكذا إذا
كانت بكر المتفق السبب وهو استحداث
(٩١٤) المالك واليد ولا يجزأ بالحبيضة التي اشتراها في أنثائها

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا إذا كانت
المشتراة بكر المتفق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم بطونها فية تبرز تحقيق السبب
عند نزع الشغل وكذا لا يجزأ بالحبيضة التي اشتراها في أنثائها ولا بالحبيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره
من أسباب الملاك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعد قبض القبض خلافاً لابي يوسف رحمه الله لأن
السبب استحداث المالك واليد والحدركم لا يسبق السبب وكذا لا يجزأ بالحاصل قبل الإجازة في بيع
النفوس وإن كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريه شراء صحيحاً
لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيما شترى في الشراء الفاسد قبل أن يشتريه شراء صحيحاً
إلى تمام العلة ويجزأ بالحبيضة التي حاضتها بعد القبض وهي محبوسة أو مكتوبة بأن كانهم ابتعدوا ثم
أسات المحبوسة أو عجزت المكتوبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث المالك واليد إذ هو مقتضى الحال
والحرمة لما منع كافي حالة الحبيض (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الأبقه أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة)
أو فككت الرهونه لانعدام السبب وهو استحداث المالك واليد وهو سبب متعين فادرككم عليه وجوداً
وعدماً وله انظار كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواحي
لاقتضائها اليه أولاً لاحتمال وقوعها في غير المالك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع بخلاف الخافض
حيث لا تحرم الدواحي فيه إلا لانه لا يمتنع من الوقوع في غير المالك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواحي
لا يقضي إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفرض اليه

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المملوك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه
كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعاً
غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد أن يكون
دليلاً أيضاً مقدماً عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن
الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل
(قوله) وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا إذا
كانت المشتراة بكر المتفق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لطونها (وعن
هذا قالوا إن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية
وأجاب حيث قال برده عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة فإذا كانت
الامسة بكراً أو مشتراً من لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء
المحترم متيقن في هذه الأنواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبائاً وطاساً إلا لوطاً
الحبال حتى يضعن جاهن ولا الحبال حتى يستترأن بحبيضة فإن السبائاً لا تخلون من أن يكون فيها
بكر أو مربية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة
فإذا ثبت الحكم في السببي على العموم ثبت في سائر أسباب الملاك كذلك قياساً فإن العلة معلومة ثم تأيد ذلك
بالاجماع إلى هنا كلامه وأجاب صاحب الأصلح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر
فقال ان نوعهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة من لا يثبت نسب ولدها منه أما في الأولى فلان احتمال
وصول الماء إلى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم

وقال أبو يوسف رحمه الله
يجزأها خصوصاً المقصود
وهو تعريف البراءة ولا يأنى
حصلت بعد الاستحداث
بسبب من الأسباب قبل
القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها أي بعد أسباب
المالك قبل القبض لتحقيق
ذلك قبل تمام السبب لأن
السبب استحداث المالك
واليد وهي انما تكون
بالقبض ولا معتبر بالحكم
قبل السبب وما بعده
واضح وقوله (لما قلنا)
إشارة إلى قوله لأن السبب
استحداث المالك واليد
والحكم لا يسبق السبب
(ولا يجب الاستبراء على
الأبقه) يعني التي ألفت
في دار الاسلام ثم رجعت
إلى مولاه فان ألفت إلى
دار الحرب ثم عادت إليه
بوجه من الوجوه فكذلك
عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنهم لم يملكوها فلم يحدث
المالك وعندنا يجب عليه
الاستبراء لأنهم لم يملكوها
وقسوله (حرم الدواحي
لاقتضائها اليه) أي إلى
الوطء كما إذا ظاهر من
أمر أنه فانه حرم وطئهم وحرم
دواحيهم لاقتضائها اليه
(قوله وقال أبو يوسف

يجزأها) أقول الأولى تأخيرها عن قوله ولا بالولادة (قوله إشارة إلى قوله لأن السبب استحداث
المالك الخ) أقول فان قيل المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على ما صرح فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف إلى الكامل فالمراد
استحداث المالك الصحيح

ولم يذكر الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تنضم لرم لانها لا يمتثل وقوعها في غير الملك لانها لا تلوظها ربحا
حبل لا تصح دعوة الحربي

سواء كان من المالكات أم من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس
على الحكم حتى يدفع ببيان وجه ثبوته عام بل على الحكمة بان لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب
الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب
المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليس على الحكم تلك الانواع لان تكون الحكمة حكمة
فخاصة له أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها انه أقول ليس
هنا بشيء فان شرع الصانع الحكيم لا يتخلو عن الحكمة والفائدة فنهاما لا يتيسر وقوف الشرع عليه
ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه
فقالوا انهم ان عرف براءة الرحم صيانة للياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند
حقيقة الشغل أو توهم الشغل بقاء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية
فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت
الحكمة فيه فقوله فخاصة له أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة
فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان ما له الاعتراف بعدم صلاحية ماعده أساطين الفقهاء حكمة
في هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المشرع ثم أقول بقي شيء آخر في
جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم في السببي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك
كذلك قياسا ليس بتمام فان النص ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقيق المطلق للاستماع بهم او هو
الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس
كما عرف في علم الاصول فأني يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن
يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر
الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تنضم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من
الاصل وهي المسببة الى الفرع وهو غيرا بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب
بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما ان التعدى ان كان
بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الافضاء والوقوع
في غير الملك فان لم تحرم بالتأني فلتحرم بالاول اذا حرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان
التعدي ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون الاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للتحقق به لعدم
والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء فلما كان
علمنا في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية
أقول في قوله فلما كان علمنا في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر بنظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة
فوجدت ان التنافي اعتبارها ولا تضربا بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم
ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافات قد اكتفوا
فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن
الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبيل الاستبراء في غير المسببة
لاقتضاءها الى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استتلال كل
واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار

أنها لا تحرم واستشكل ذلك
حيث تعدى الحكم من
الاصل وهي المسببة الى
الفرع وهو غيرا بتغيير
حيث حرمت الدواعي في
غير المسببة دونها وأجيب
بان ذلك باعتبار اقتضاء
الدليل المذكور في الكتاب
وفي فيه نظر من وجهين
أحدهما أن التعدى ان
كان بالقياس فالجواب
المذكور غير دافع لان
عدم التغيير شرط القياس
كما عرف في موضعه وانتفاء
الشرط يستلزم انتفاء
المشروط والثاني أن ما دل
على حرمة الدواعي في غير
المسببة أمران الافضاء
والوقوع في غير الملك فان لم
تحرم بالتأني فلتحرم بالاول
اذا الحرمة تؤخذ بالاحتياط
ويمكن أن يجاب عنه بان
التعدي ههنا بطريق الدلالة
كما تقدم ولا يبعد أن يكون
اللاحق دلالة حكم الدليل لم
يكن للتحقق به لعدم
والدليل هنا أن حرمة
الدواعي في هذا الباب مجتهد
فيه ولم يقل بها الشافعي
وأكثر الفقهاء رحمه الله
فلما كان علمنا في المسببة
أمرا واحدا لم تعتبر ولما
كان في غيرها أمران تعاضدا
اعتبرت

(قوله ولا يبعد أن يكون
اللاحق دلالة حكم الدليل)
أقول لم لا يجوز مثل ذلك
في القياس فانه يكون
بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقد ان شرط القياس فليتأمل

وقوله (على ما بيننا) إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن جملتهن وقوله (وان ارتفع جيعضا) (١١٦) أى امتد طهر حافى أو ان الحيض لا يطو وها حتى اذا تبين أنهم اليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل معنى مدونة تدل على أن الحبل لم يكن انقهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الخ قيل والارل أصح وخوان يتر كها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله (ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها) أى ونشترى معنى يشتريها أو يقبضها إذا زوجها السائق أو يقبضها إذا زوجها المشتري قبل القبض وقيل بقوله من يوثق به لانه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكل احتمالا عليه لاله والحيلة في غشية هذه الحيلة أن يزوجه اعلى أن يكون أمرها بيده بطلقها متى شاموقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض يتحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فلم يمه الاستبراء

والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطئت بشبهة كما سيجي في الكتاب هذا وقد ورد بعض المتأخرين على قول صاحب العنايه ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون لا حتى دلالة حكم الدليل لم يكن للتحقق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع ونطفة المحب فان حصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم اغذور المذكور في النظر وعو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف في علم الاصول والاستناد بائنا يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق بقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا ان قد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معه ولا عن القياس وقد ذكر صاحب العنايه فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق المالك المطابق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الاحتياط بطريق الدلالة وقد أشار اليه حينما بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان ذلك البعض في هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بل طائل فصفحة ناعن التعرض لها وروما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بيننا) قال صاحب العنايه وقوله على ما بيننا إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني أقول هذا خبط ظاهر اذا لفرق بين المسببة والمشتراة في كون الرغبة في كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف في بيان الخلاف بينهما الى ما لفرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بيننا إشارة الى قوله أو لاحتمال وقوعها في غير المالك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسببة والمشتراة كما يدل عليه قطعنا قوله لانها لا تختم وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر سربها حبل لا تصح دعوة الحربي اه (قوله والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العنايه وقوله لما روينا إشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن جملتهن انتهى أقول قد سدسها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المصنف فيما مر حيث قل ولا الحبالى حتى يضعن جملتهن مع أن لفظه ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جملتهن ولا الحبالى حتى يستبرأ ولعمري ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو ووقع من طغيان القلم والله خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

(قوله وقوله على ما بيننا إشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل إشارة الى قوله ولا احتمال وقوعها في غير المالك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسببة والمشتراة ولا وجه لجعله إشارة الى ما ذكره كما لا يخفى اذا

إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبراً وإن وجود السبب كما إذا كانت معدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأن الماحرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للأفضاء إليه لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والأحرام وفي المنكوحه إذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلقوا المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة إذا أراد أن يشتري الحايضة يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المرء ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وإنما شرط تسليم الحايضة قبل القبض كيلا يوجب القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق يحكم التزوج وإن عرض له كونه قبضاً بحكم الشراء إلى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولاً فإنه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره من الامام قاضيان في فتاواه وأمس بتمام فان ماذ كره الامام قاضيان إنما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وإن لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقاط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن النكاح يثبت له عليها الفرائش وإنما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على فراغ رجها من ماء الغير انتهى والمصنف قد احتار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانياً فإن قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً ليس بسديد لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاً بفساد النكاح بملك اليمين تأمل توقف ثم قال ذلك البعض ثم إن صاحب الكافي سلك طريقاً بقتة المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط إلا أنه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصاً على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معاً فقال والحيلة أن لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لأن النكاح ثبت له عليها الفرائش وإنما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لأنها كانت حلالاً بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وإن كانت حلالاً بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فمن زمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لأنه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلا ندينه بمتعقبه الشراء فإن المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريته بعد إيجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لأن وجود العلة ينافي وجود المحلول لا يستعقبه زمان التلفظ بالحرف الأخير في اشتريته هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن فوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث فوع الحل إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالاً بسبب من الأسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بهد محل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء

وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء) لأن القبض أذالك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء الحيلة ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضاً حكماً لم يعتبر بكونه منيلاً للممكن وقوله (كما إذا كانت معدة الغير) يعني إذا اشترى أمة معدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري فإلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها من كورة في الجامع الصغير استطراداً فان الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء بالاشتراء وغيره

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكهما من مسائل باب الطهارة

لان الحيض يعتمد شرط عمرها والصوم يتم بشرطه رافداً رضوا أو كذا العرف فلا تنفي المنع عنه بعض الحرج ولا كذلك ما عددنا من القصور مردداً وقد صرح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويصاوم نساءه ومن حيض قال (ومن له أمتان آختان فقبلاه ما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بمالك أو نكاح أو يعتقها)

سبب المالك وحل الرطخ حكمه وحكم الشيء بتعقبه فزمان وجود المالك خال عن الحل لمطلنا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولاً فلم يصلح ما ذكره حمله لاسقاطه أصلاً فتمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أوردته في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء بتعقبه أنه يتعقبه زماناً البتة فهو ممنوع عجزاً وان أراد به أنه يتعقبه ذاتاً أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود المالك خالياً عن الحل مطلقاً وبالجملة لزم تأخر حكم الشيء عن الشيء زماناً ممنوع ولزم تأخره عنه ذاتاً مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعاً عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقاً فمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يعتمد شرط عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شرط عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشرط هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً وقوله (ومن له أمتان آختان فقبلاه ما بشهوة) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلاه ما أو لم يقبلها أو قبل احداهما فان لم يقبلها أصلاً كان له أن يقبل ويوطأ أي تمها شاء سواء كان اشتراها معها أو على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له أن يوطأ الأخرى دون الأخرى وأما اذا قبلها بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبراً بالحكم ما ذكره في الكتاب

سبب المالك وحل الرطخ حكمه وحكم الشيء بتعقبه فزمان وجود المالك خال عن الحل لمطلنا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولاً فلم يصلح ما ذكره حمله لاسقاطه أصلاً فتمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أوردته في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء بتعقبه أنه يتعقبه زماناً البتة فهو ممنوع عجزاً وان أراد به أنه يتعقبه ذاتاً أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود المالك خالياً عن الحل مطلقاً وبالجملة لزم تأخر حكم الشيء عن الشيء زماناً ممنوع ولزم تأخره عنه ذاتاً مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعاً عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقاً فمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يعتمد شرط عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شرط عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشرط هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً وقوله (ومن له أمتان آختان فقبلاه ما بشهوة) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلاه ما أو لم يقبلها أو قبل احداهما فان لم يقبلها أصلاً كان له أن يقبل ويوطأ أي تمها شاء سواء كان اشتراها معها أو على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له أن يوطأ الأخرى دون الأخرى وأما اذا قبلها بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبراً بالحكم ما ذكره في الكتاب

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لطلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فإذا قبلها فمكانه وطئها ولو وطئها فليس له أن يجامع أحدهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا إذا قبلها وكذا إذا لمسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بيننا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو بعتها لأنه لما حرم عايشه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعا أو غيره وتملك الشقة فيه كتمليك الكل لأن الوطء يحرم به وكذا اعتناق البعض من أحدهما كاعتناق كلها

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبا في أكثر مدة الحيض (قوله) وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم قال تاج الشريعة فإن قلت الأصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بأن يحتمل قبوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ماملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجدهنا وهو قطعية الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا لأن قوله أو ماملكت أيمانكم مخصوص اجتماعا فإن أمه وأخته من الرضاع والامه المحسوسة حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقفي أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أمان في الوجه الأول فلان حاصله أنه على تقدير أن يحتمل قبوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضا لدلالة وجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطعية الرحم لكنه ليس بتام إذ قد تقرر في أصول الفقه أن عبارة النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالإشارة فيه لازم أن يترك به الدلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما ما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول وأمان في الوجه الثاني فلان حاصله أن قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصارتانيا يمكن التشبيه كما عرف في علم الأصول فلا يلزم أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيال لكنه ليس بتام أيضا إذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض إنما يكون ظنيا إذا كان المخصص موصولا وأما إذا كان مفعولا متاخرا فالخاص اذ ذلك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيالاشبهة والظاهر أن مخصص الام والاخت من الرضاع والامه المحسوسة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم ليس بموصول به فليس يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيال المحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضته فتأمل (قوله وقوله بملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التملك بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى أقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة أمان في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث إنما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح فإن شيئا من الجماعة والمسا والنظر لا يتصور بعد الممات على أن نفس التملك أيضا على حقيقة غير متصور في الارث وأمان في الكتابة فلانهم لم يلقوا بالاعتناق كما يصحح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا فكانت من فروع قوله أو بعتها غير داخل في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره

وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا بطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتها ما آية يعنى قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم وحرم ما آية يعنى قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والأصل في الإبضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم) لا يقال يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لأن النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما كاحاديل على حرمة الجمع بينهما ما وطأ فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح

قوله (وكذا الكتابة كالاتفاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطء الأخرى واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم يخرج عن ملك المولى حتى يلزم استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها غيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الأخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وانضح وعن عطاء أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم الخليل

(١٢٠)

صالحات الله عليه كان

وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج أحدهما نكاحا فاسدا الإباح له وطء الأخرى لأن يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليه والعدة كنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ أحدهما حصل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعاً لوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأخنتين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفر رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وما رواه محمد بن علي ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في أزاروا أحداً ما إذا كان عليه قميص أوجبه فلا بأس به بالاجتماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تبارت ذنوبه

صالحات الله عليه كان
بكرة فأقبل اليها والفرجين
فلما كان بالابطح قبل له في
هذه البلدة إبراهيم خليل
الرجن فقال ذو القرنين
ما ينبغي لي أن أركب في
بلدة فيها إبراهيم خليل الرجن
نزل ومشي إلى إبراهيم فسلم
عليه إبراهيم عليه السلام
واعتقه فكان هو أول من
عانق والشيخ أبو منصور رحمه
الله وفقى بين هذه الأحاديث
فقال المذكور من المعانقة
ما كان على وجه الشهوة
وعبر عنه المصنف رحمه الله
بقوله في أزاروا أحداً ما إذا
يفضي إليها فأما على وجه
البر والكرامة إذا كان عليه
قميص أوجبه فلا بأس به
وعن سفيان رحمه الله
تقبيل يدا العالم سنة وتقبيل
يد غيره لا يرضى فيه ولم
يذكر القيام تعظيماً للغير
وروى عن أنس رضي الله
عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم كان يكره القيام وعن
الشيخ الحكيم أبي الفاهم
رحمه الله أنه كان إذا دخل
عليه أحد من الأغنياء
يقوم له ويعظمه ولا يقوم

بملك إذا المراد بالملك هنا ملك العيني بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تعليق الفرج غيره ملك عيني بالكتابة كالاتفاق على من عرف معنى الكتابة شرعاً (قوله وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاتفاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب إذا لشد أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هي زائدة أي مستدركة لأنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة فمراد صاحب العناية الدخول لا التوجيه فمأذ كره العيني أغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما ينسب به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكذا كون اعتناق البعض من أحدهما كاعتناق الكل الكتابة كالاتفاق أي كاعتناق الكل فيمنه يذبح المقصود من كلمة كذا أنها هو التشبيه بما قبله كما المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا الاعتناق البعض من أحدهما كاعتناق كلها هو التشبيه أيضاً بما قبله فكانه قال وأيضاً الكتابة كالاتفاق في هذا والغرض من التشبيه التبريد في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنها لا يخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول لأنه لا تثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى ألا يرى أنها لا يخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً فمما قبل مع أنه إذا كاتب أحدهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً وحل المالك في قوله لا يخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا ينبغي إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لملك الوطء وانما يقال ملك العيني أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل)

فصل

في الغيبة بترقون مني التعظيم فلو تركت

للفقراء وطابة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يضررون بترك القيام

(قوله فقال المذكور من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في أزاروا أحداً أو كان عليه جبة أو قميص فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكاممة بالمعاقفة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كمع امراته
ضاجعه او كاعم المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاممة والمكامة
أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اي لا تستريبنهما الى هنا لنظ غاية البيان وقال العيني بعد
نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالباً ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب
أن يعاقفه اه أقول ليس هذا بشئ لان ككون المضاجع هو المعانق غالباً ممنوع ولو سلم ذلك
فلا يلزم منه أن تكون المكاممة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم منه أن يلزم المكاممة
والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتسلزين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح
تفسير احدهما بالآخرى ولو سلم صحة التفسير بالا لزم بناء على المسامحة لم يقدحها لان المضاجعة
لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح
تفسير المكاممة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية
انما هو في تفسير المكاممة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن
المكاممة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كمع امراته ضاجعهابناء على أن الكلام في المعانقة
والظاهر أن مانه من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة
لا على ذلك الوجه على أن المكاممة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة
في القاموس كمع ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية
فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن الكلام في
المعانقة تعميلاً لتفسير المصنف المكاممة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة
كيف يسوغ تفسير المكاممة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليسكون
مطابقاً للمدعاه وأما قوله والظاهر أن مانه من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم
يقبل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكاممة المذكورة في الحديث بل أطلقوها
قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامة والمكاممة أي عن ملائمة الرجل
الرجل ومضاجعته اي لا تستريبنهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكاممة
التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا تستريبنهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى
عن المكامة والمكاممة أي عن ملائمة الرجل الرجل لا تستريبنهما وما مضاجعته اياه في ثوب واحد
لا تستريبنهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهم وهكذا
حكاه الأزهري والجوهري انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه
فممنوع أيضاً لا شك أن صناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا تستريبنهما ليست بأقل من
شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية
سيما عند إطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكاممة
بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهد عليه بما في القاموس فليس
بمفيد أصلاً لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة
ولما ساء ياله في التحقق لا تفككاً تحقّق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل
فكيف يصح تفسير المكاممة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية في أن يحصل الرد
عليه بما ذكره ذلك القائل والعري ان مقاسد قوله التأمّل مما يضيق عن الاطاحة به نطاق البيان والله
سبحانه وتعالى المستعان

﴿فصل في البيع﴾ أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والملس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل بيدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال (ولابأس يبيع السرقي) كلامه واضح وقوله (في الصحيح) ١٢٣

﴿فصل في البيع﴾ قال (ولابأس يبيع السرقي ويكره يبيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقيين أيضا لأنه نجس العين فشا به العذرة وجسد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الاراضي لا يستكنار إليه فكان مالا والمال محمل للبيع بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع به الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال (ومن علم بجارية أنها رجل فرأى آخر يبيعها أو قال وكأني صاحبها يبيعها فإنه يبعه أن يتاعها ويأطأها) لأنه أخير بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا إذا قال اشترى بتمانسه أو وهدى إلى أو تصدق بها على لما قلناه وهذا إذا كان ثقة

﴿فصل في البيع﴾ قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والملس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل بيدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم فإداه في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضهم عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا بيدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا إذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقفي أثره العمي وقد سبقه ههنا إلى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشرع بمسألة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعدم قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لأنه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر أنه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر أنه أنه كاذب لم يسهه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضمير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمل فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل لا لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر أنه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الانحصار لشيء لا يقتضى عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تنافي بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلا كما تحققتة آنفا وما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا إذا كان

احتراز عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة انحصار بمجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله (ومن أرسل أجبره بحجوسا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للخرج وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لانه أخذ بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته أولوجهاته

﴿فصل في البيع﴾ (قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله

لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر رأى لا يبقى فرق بين ما بين الدينات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا أكبر رأى على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الدينات بأكثر رأى اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

الخبر عدلا وان كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة برأيه أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا
 نظريه فان كان أكبر رأيه أنه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول
 محمد وان كان الخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال برأيه أن الخبر
 اذا كان فاسقا أو مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم
 المعتبرة لا يشبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل
 واحد من لفظي العدل والثقة موضع الاتخرو وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين
 في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلا كان أو غير
 عدل صيبا كان أو بالغاحرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه
 ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله اذا كان وحيث في الناس ذامر وعلانية
 لا يعمل الى خطام الدين والواجب ولا يكذب لمروعة فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه
 قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني أعم
 من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الإشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكان
 صاحبها يبيعها الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به
 بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا أن قبوله يكون مع ضمنية التحري الموافق الى هنا كلامه أقول فيه
 فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله
 وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
 والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
 وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا بشرط كونه ثقة أن لواقص الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا
 لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى
 والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المناقاة بين عدم اشتراط
 العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المناقاة يناقض القول بعدم المناقاة
 فيكون مضمون كلامه المزبور جمعا بين التقيضين اللهم الا أن يكون قوله ولو سلم ناظر الى قوله لان الثاني
 أعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني
 من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الإشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد
 قوله وكان صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره علوا كونه
 في سعة من أن يبتاعها ويطأها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان
 الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق
 الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة
 يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكان
 صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات لان ذلك لا شك أن قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة
 عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب أن محصل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
 ما أشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريحا معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل
 قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول
 الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس
 ان اعترافه بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة أيضا يكون قول المصنف وكذا اذا
 كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أي وصف كان

وقوله (لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه
إنسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يظأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره لايضاها راسيقه
فالمحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وإذا كان أكبر رأيه أنه شارب من لص لم يعجل بذلك وقوله (الا
أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيأ أو كتاب في يد جادل لم يكن (٣٥) في آباءه من هو أهل ذلك حينئذ يستحب له

أن يتزوجه وقوله (وان كان
الذى أنادى بها) أى بالجارية
لان هذا كله مبنى على
قوله ومن علم بجارية أنها
لص لان فرأى آخر بيعها
يعنى أن الآتى بالجارية
إذا كان عبدا أو أمة
وقال لا خير وهبتها منك
أو بيعتها منك فليس لا خير
أن يقبلها منه ولا أن
يشترىها منه حتى يسأل عن
ذلك لان المنافى للملك وهو
الرق معلوم فيه فما لم يظهر
له دليل مطلق للنصرف في
حق من رآه في يده لا يحل له
الشراء وقوله (وان لم يكن
له رأى لم يشترها لقيام
الحاجر) بالراء المهمة أى
المانع فلا بد من دليل
وقوله (ولو أن امرأة أخبرها
ثقة بناء على أن القاطع
إذا كان طارئا ولا منازع
للخبر به بقبل قول الواحد
فان كان ثقة لا يحتاج الى
غيره وان لم يكن لابد من
انضمام أكبر رأى المخبر له
وإذا ظهر ذلك سهل تطبيقا
الفروج عليه وقوله (لان
القاطع طارئ فيه) والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع اعترض

لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم نعم القلان ولكن أخبره صاحب اليد انهم القلان وأنه وكاه
بيعه أو اشتراها منه والمخير ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان أخباره حجة في حقه وان لم
يخبره وصاحب اليد بشئ فإن كان عرفها الاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول
دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشترىها وان كان ذواليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق
الفاسق والعبد لم يعارضه معارض ولا معتبرا أكبر الراى عند وجود الدليل الظاهر الآن أن يكون مثله
لا يملك مثل ذلك حينئذ يستحب له أن يتزوجه ذلك لو اشتراها برحى أن يكون في سعة من ذلك لا عتماده
الدليل الشرعى وان كان الذى أنادى بها عبدا أو أمة لم يقبله ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا يملك له
فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الراى وان لم
يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخذت برهان ثقة أن زوجها الغائب
مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأنادى بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كاذب أم لا الآن
أكبر رأيه أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا
لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا إذا قالت المطلقة ثلاثا انقضت

وقوله لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج
والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يظأها إذا كان
ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره لايضاها راسيقه فالحاجب المنزل
أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيه أنه شارب من لص لم يعجل
بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين أى في كثير
من الاحكام حتى يجب به شئ كالوجه الى جهة التحرى ويحرم به شئ كالصلاة إذا توضأ بماء أخضر
بخباسته غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الراى دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو
أعظم منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله بيقوم مقام اليقين يعنى فيما هو أعظم
كالفروج والدماء فقد سهوا انتهى أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكر ورسم وعظيم فانه سلك
في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وثابت الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كافي قوله تعالى فلا تقل لهم ما
أف فان فيه النهى عن الضرب بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الربانى
محمد رحمه الله تعالى فانه أيضا قال في الاصل في هذا المقام وأكبر الراى مجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا
كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأة الخ كما نقل
عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضا منسل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك
الدلالة بالاولوية بل ذلك ما أخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك
عن محمد فعملهم هذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الراى عنه والحاجة مع
أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه فقيم ادون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول
لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد

عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت
والملك الثابت للتغير فيه لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيه اليس كذلك بل باستصحاب الحال
(قال المصنف وان كان الذى أنادى بها عبدا الخ) أقول قوله بعد أخبره كان وأنامه موصلة للذى والهاء في أنه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على
الشراء من العبد الذى آتى بالجارية أو من الجارية التى آتى بالجارية والباء في ههنا بالتعدي

عندي وتزوجت زوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول
وكذا الرقالة جارية كنت أمه فلان فاعتقتني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبراً أن أصل الذكاح
كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوجها مريداً أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبر مخبراً أنك تزوجتها وهي مريدة أو أختك من الرضاعة لم
يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخيرة سادهم قارن والاقدام على العقد يدل
على صحته وانكار فساد ما ثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج
أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل
على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة فلا
تعبر عن نفسها في يدرجل يدعي أنها له فلما كبرت اقيمها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه
أن يتزوجها لتحقيق المنازع وهو ذواليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خيراً وأخذ ثمنه وأعلمه
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به) والفرق أن البيع في
الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذي قبله كالبائع فيحل الاخذ منه قال
(ويكره الاحتكار في أقوات الأديمين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي
فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب من زوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره إذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بان كان المضر كبيراً لانه جالس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن
تلقى الركبان قالوا إذا لم ينس المتلقي على التجار سعة البلدة فإن لبس فهو مكروه وفي الوجهين لانه
غادرهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً وعن
محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر واذ هو المؤثر في التكرار
وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود والمتعارف ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر وإذا
طالت يكون احتكاراً مكرهاً لتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه
والباقي واضح قال (وإذا
باع المسلم خيراً الخ) كلامه
واضح وروى عن محمد
رحمه الله انه قال هذا إذا
كان القضاء والاقضاء
بالتراضي فإن كان بقضاء
القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن
المحترط انه ذلك بقضائه
وقوله (ويكره الاحتكار)
الاحتكار افتعال من حكر
أي حبس والمراد به حبس
الأقوات متربصاً للغلاء
وقوله (فإن لبس فهو
مكروه في الوجهين) يعني في
الاضرار وعدمه

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه وجوب عدم القبول وهو أن الملك الزوج فيها ثابت والملك الثابت
للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس
بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير
من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذلك هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل
الاكل والشرب ان الحل والحرمه من باب البيانات فيقبل قول الواحد فيه ما إذا لم تتضمن الحرمة زوال
الملك كما إذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمة فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي في الملك وأما إذا
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهم ما ارتضعا من فلانة
لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك الذكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول
بحمحه ساقط جداً الان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل
والحرمة إذا لم يتضمن زوال الملك وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر
الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما إذا
تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظراً الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل
والشهر وما فوقه كثير آجل وقد صرف في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتر بص العزة وبين
أن يتر بص القحط والعباد بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا أما بما تم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة
في الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول
فلا نه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني
فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فئاها وقال أبو يوسف
بكره لا مطلقا روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه
لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسهر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا
فان الله هو المسعر الفباض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن
يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مائتين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينها عن الاحتكار فان رفع اليه صرة
أخرى حبسه وعززه على ما يرى زجر الله ودفع الضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعدوا فافحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسخير فيئذ لا بأس به بمشورة
من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجاز له القاضي وهذا ظاهر
عند أبي حنيفة لانه لا يرى التجرة على الحر وكذا عندهما الا أن يكون التجرة على قوم بأعيانهم ومن باع منهم
بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو
على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى التجرة لدفع ضرر
عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه
تسبب الى المعصية وقد ينفاه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل
أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ خيرا) لان
المعصية لا تنقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تنوم بعينه قال
(ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع فيه التجرة بالسواد فلا بأس به) وهذا عند
أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره شيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

هناك فأجيب عنه بأن المسرا من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان
باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة
أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا لا لاجمال الواقع هناك في الظاهر
فكان جوابا شافيا قد اضحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس
به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله
في الفتنة ولو احتمل الاضعفنا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا
بكونه من أهل الفتنة ممنوع كسب وأموار المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب
الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن
لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه
المصطلح عليه قطعاً ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا معروفا كان احتمال أن يستعمله
في الفتنة فوارا اجتنابا ينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكرها وجواب المسئلة على

وقوله (ويتعدون عن القيمة
تعدوا فاحشاً) بان يبيعوا
قسيما بمائة وهو يشتري
بخمسين فيمنعون منه دفعا
للضرر عن المسلمين وقوله
(يرى التجرة لدفع ضرر عام)
يعني كالطبيب الجاهل
والسكارى المفلس

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستأجر وهو مختار فيه فتقطع نسبته عنه وانما عقيدته بالسواد لا يمتهم لا يمكنون من امتلاك البيع
والتكديس واظهار بيع النور والخنزير في الامصار لانه ورد في الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا
هذا كان في سواد الكوفة لان ذلك الباطل اشد الزمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها انما هو فلا
يمكنون فيها ايضا وهذا الصبح قال (ونحمل اني نجا فانه ينبغي له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد يكرهه ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخبر عشرين
شاهدا واحموا له ان المعصية في شربها ودفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الخلق
ولا يقصده والمحدث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

خلافه وبالحمل لا وجه لشرح المذکور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا
يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فتقطع نسبته عنه)
أقول ينتقض هذا التعليل المذکور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة
مذكورة في الذخيرة والمحيط وقاوى تاضيقان وسائر المعتمدين من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد
من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذي من المسلم بيعة يوصلي فيما فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة
لاننا استأجرها يوصلي فيما وصلا الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة
لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليحمله
مسجدا يوصلي فيه المكثورة أو النافلة فان هذا الاجارة لا تجوز في قول علماءنا وعند الشافعي يجوز قال
في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار يوصلي فيها طاعة ومن مذنبنا أن الاجارة على
ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا الاذان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه
طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استأجر ذي من ذي بيتا يوصلي فيه لا يجوز
قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى
اذ لا ينبغي أن التعليل المذکور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلة سابقة أن لا يطل الاجارة
في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة
البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فتقطع نسبة ذلك
الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عندنا مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت
ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا أن يلحق منفعة حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثرا
في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل
ومثلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليست أمله ثم ائذ كرفي الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذي
من المسلم دارا يسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبيد
فيها الصليب أو أدخل فيها الخنزير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤجر حالها انما أجرة السكنى
فكان بمنزلة ما لو أجرة دار من قاضي كان مباحا وان كان قد يقص فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت
نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد بهذا اذا استأجرها الذي يسكنها ثم أراد
بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها ما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى
هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا يخاف فيها بينه وبين
ما ذكره المصنف من التناهي أقول ان التناهي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما
اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لتكون
مختارة لنفسه قوامها وانما يلزم التناهي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو ذال لا يجوز عندهم

قوله (وليس الشرب من
ضرورات الخمر) لان
الشرب قد يوجد دون
الحمل وبالعكس فلا يكون
الحمل مستلزما للمعصية

(ولا بأس ببيع بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها البناء وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنهم ائتمروا بالاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يحنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولأنها حرة محترمة لأنها ابتداء الكعبة وقد ناهى آية أثر التعليل فيها حتى لا ينقر صيدها ولا يحتلئ خلاها ولا يعرض شوكتها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من أجر أرض مكة فمكناها أكل الربا ولأن أرض مكة تسمى السوايب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها ساكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك) لأنه ملكه فربما جاز به نفعه وهو أن يأخذ منه ما شاء حال خلاها وهي رسول الله عليه السلام عن قرص جزنفعها وبغنى أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزا جزا لأنه ودعة وإيس بقرض حتى لو هلك لأشئ على الأخذ والله أعلم

جميعا وليس فليس وذكر أحد القوانين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعز بنفي كلام النفات وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون هذا شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع الخمر فيه بالسواد وهل ياتي بعمل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في أن إجارة البيت ليساع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صححت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بأن صححتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كثر به لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خذاف فيما بينهم أما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فأنه لا يخلو في المسئلة المذكورة صور الإيجار البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة وإيجاره لأن يساع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ البيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان فكانت معصية قطعا وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً عنه فكانه قال وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الخمر فالأمر بين حنفيا لا يتحقق التنافي بينهما وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذي فلا ضير فيه لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرايع أم لا فيجوز أن يكون معنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها ائتمروا بالاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دابل على أن عقار مكة عرضة للتملك والتلك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرهما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله أنزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء) واضح وإن كان في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عند لادبيعة فلا فرق حينئذ بين صورة الودعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجا عن جرح الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو ودعة إن هلك لم يضمن البقال شيئا

مسائل متفرقة

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضي الله عنه جزءوا القرآن وروى جزءوا المصحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولأن التعشير يحل بحفظ الآي والنقط بحفظ الأعراب تمكلا عليه فيكره قارأ في زماننا لا بد للجمع من دلالة ترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتخمية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وترينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بأن يدخل أحد الأئمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

مسائل متفرقة

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جزءوا القرآن فقيل المراد نقط المصحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة

أودور وكان عقيل ورث أباطالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر في هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تلك وتورث لأنه قد ذكر في ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيه من ربايع ودور انتهى ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى علينا أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال جريان الإرث على الابنية دون الأراضى ألا يرى إلى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الأراضى موقوفة والابنية عليها مما لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى عمير أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضا قطعا إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وحل ترك لنا عقيل من ربايع أودور والرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها حيث كانت والحلة والمئزر كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلامنا من الدار والحلة والمئزر اسم لما يشمل البناء والعروة التي هي الأرض فكان معنى قوله عليه السلام وحل ترك لنا عقيل من ربايع أودور ما ترك لنا من البناء والأرض وإذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاء على كل من ذلك بالدار من أبي طالب كذا كره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الأرض أيضا وإنما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وحل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الإجمال أصلا لأن لا يكون كذلك إذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة بن مرسد رسول الله أنزل في دارك بمكة فإن عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الابنية وحده لا يقتضي عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عروسة داره أيضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذاك البعض والعجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها والحلة والمئزر كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتابه ولا يخفى علينا أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال جريان الإرث على الابنية دون الأراضى ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وحل ترك لنا عقيل من ربايع أودور والله الوادي إلى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

مسائل متفرقة

(قوله ولا بأس بتخمية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وترينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية إلى التفسير بهذا الوجه أقول هذا من وجه ومن الشارحين المذكورين لأن المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لأمر يحاول أن يتزامم بالاعتناء كره في آخيات ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاه يظهر ذلك بالنظر إلى محله (قوله للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في

ولان الكافر لا يخاف عن جنابة لانه لا يغتسل اغتساله لا يخرج منه عن الجنب يجب المسجد وبهذا
يصح ما لا والتعليل بالنجاسة عام فيتنظّم المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وفد
تقيف في مسجده وهم كفار ولان الجنب في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والاية محمولة
على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفتين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام
الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو ملة محرمة قال (ولا بأس
بخصاء البهائم وانزاع الخبز على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صرح أن النبي عليه
السلام كره البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما كرهه لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهى عن ذلك وقد صرح أن النبي عليه السلام عاديهم وديا
مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعة العز من عرشك) والمسئلة
عبارة ان هذه ومعة العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذ كرفد على ان النهي عن
الدخول خاص في حقه لان انما حصر الحكم في النبي أو لخصر الشئ في الحكم كقولنا انما
الطيب زيدا وانما زيد طيب اه أقول ان قوله لان انما حصر الحكم في الشئ أو لخصر الشئ في الحكم
ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا في أنهم
نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله تعالى
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتأثير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت
عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقریب (قوله ولان الكافر لا يخاف عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتساله لا يخرج منه عن الجنب يجب المسجد) أقول لا يذهب عليه سلك أن هذا الدليل لو تم دل على أن
لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر
المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان
الجنب في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا
وجه له في التعجب يحذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد
وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذا لاشك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر
عقليا لان الجنب اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس
لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له لتحكم بجهت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى
لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد تقيف في مسجده وهم
كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب بالهم
خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شيء وانما أنجاسهم
على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا من النصوص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة
للتأثيرين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القليل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو
قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف
في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والاية محمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله ويكره
استخدام الخصيان) قال الهيماني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض
التأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعبريات من كتب اللغة أن جمع خصي
هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصارى) قيد بهما
لان في عبادة المجوس اختلافا
بين المشايخ رحمهم الله فنهى
من قال لا بأس به لانهم من
أهل الذمة وهو المروى عن
محمد رحمه الله ومنهم من
قال هم أبعد عن الاسلام
من اليهود والنصارى ألا ترى
أنه لا يباح ذبيحة المجوس
ونسكاحهم بخلاف اليهود
والنصارى واختلفوا في
عبادة الفاسق والاصح أنه
لا بأس به لانه مسلم والعبادة
من حقوق المسلمين وكلامه
واضح

(قال المصنف ولان الكافر
لا يخاف عن جنابة) أقول
هذا لا يخص المسجد الحرام
(قال المصنف والاية
محمولة على الحضور واستيلاء
واستعلاء) أقول أي على
منعهم أن يدخلوها
مستولين وعلى أهل الاسلام
مستعبلين وأيضا النهي
تكويني لا تنكيلي

وكذا الاولى لانه يوهبهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف
 رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان
 من دعائه اللهم اني أسألك بمعدن العزم من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وحيدك
 الاعلى وكلما تذكرك التامة وانكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل
 في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للخلق على الخالق قال (ويكره اللعب
 بالشرط شيخ والنرد والاربعة عشر وكل اهو) لانه ان قاصر به فليس حرام بالنص وهو اسم لكل قمار
 وان لم يقاصر فهو عيب ولهو وقال عليه السلام لاهو والمؤمن باطل الاثلاث تأديبه لفروسه ومناضلته
 عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشرط شيخ لمبا فيه من تشجيعه الخواطر
 وتذكيره الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله لانه قول عليه السلام من لعب بالشرط شيخ والنرد
 فكم تمنع من يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصعد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما
 لقوله عليه السلام ما ألهالك عن ذكر الله فهو مبسر ثم ان قاصر به تسقط عدالته وان لم يقاصر لا تسقط
 لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تخذير الهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليعلمهم
 عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته
 الثوب وهدية الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد
 ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل
 هدية بريدة رضي الله عنها وكانت مكتوبة وأجاب رط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد
 وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجسد التاجر بدانها ومن ملك شيئا لك ما هو من ضروراته
 ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

(قوله لاهو المؤمن باطل
 الاثلاث) كذا بالاصل
 والمحفوظ الا في ثلاث اه
 صححه

(قال المصنف لانه ان قاصر به
 فليس حرام بالنص وهو
 اسم لكل قمار وان لم يقاصر
 فهو عيب ولهو) أقول
 ولذلك لم يعز لو قال يامقاصر
 لان أبا يوسف قال في رواية
 لا بأس باللعب بالشرط شيخ
 كذا في المحيط السرخسي
 في باب التعزير وفي صحة
 التعليل كلام لا يخفى

انتهى وأما كون الخصم بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهبهم
 تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث
 تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز
 ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصه انا
 فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصه فيه
 وبالجمله التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مباد لها فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب
 السكافي لانه يوهبهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعرضة القديمة حيث جعل لزوم كون عزه
 حادثا دخلا في حيز الایهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب السكافي وان جعل لزوم كون عزه
 حادثا دخلا في حيز الایهام إلا أنه عاى الایهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهبهم تعلق
 عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعرضة القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به
 انتهى في مكان ممدار ما قاله صاحب السكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فسر بينه وبين ما قاله
 المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلما معنى لقوله فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب
 السكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب السكافي لتعلقه بالمحدث فكون عزه قوله وان عزه حادث لتعلقه
 بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شئ يصلح ان يكون عزه له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه
 الكراهة في الدعاء المذکور من مشايخنا جعل المداير لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ
 الاول فلانه يوهبهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث
 انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغیر وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء
 فانه يكره أيضا لانه يوهبهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز لم يزل موصوفا

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لأب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة ما زوج هي عنده يعولها ولها أب فوجب ايهانها الرقبة أو قبض ايهانها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع ضعة قبض الزوج لو ابتاع الأب لانهما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الاحصاء من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العتق والتميز فثبت أن عدم الأب ليس بالزم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون لتسلل لا للتجارة وقوله (واجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله (١٣٣) وفي بعضهم واجارة الاطوار وكلامه واضح وقوله (ولا يجوز للمنفق أن يؤجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهراً فمنهم من جعله على الرويتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاطوار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعني وان كان في حجره وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي (ويكره أن يجعل الرجل في عتق عبده الراية) ويروى الراية وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يحرل رأسه وهو معتاد بين الظلة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالأحراق بالدار (ولا يكره أن يقبضه) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد متحرراً عن إباحة وصيانة لاله قال (ولا بأس بالحقنة

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أضرع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الامن هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال النسبة لان الولي هو الذي قام مقامه باباية الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاطوار وذلك جائز من يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والمملوك اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به الا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الهبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملك الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان الاثني بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فملك بالعقل والولاية والجبر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للمنفق أن يؤجره ويجزى لادم أن تؤجر ابنها اذا كان في حجره ولا يجوز للعم) لان الام تلك ائلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الاذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عتق عبده الراية) ويروى الراية وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يحرل رأسه وهو معتاد بين الظلة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالأحراق بالدار (ولا يكره أن يقبضه) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد متحرراً عن إباحة وصيانة لاله قال (ولا بأس بالحقنة

به ولا يزال موصوفاً به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أورد ذلك البعض الظاهر أن ما هو بواعنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد نقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحديث انما هو في التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو بواعنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقاً خاصاً وهو أن يكون ذلك المحدث مبدءاً ومنشأً لعزته تعالى كما هو مبدء كلمة من في قوله بعتد العزم من عرشك اذا اظهر المتبادر منها في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما نقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلقاً فاضة ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلقاً استفاضة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بل اريب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لأب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية اعلم أن قوله لأب له ليس بشرط لازم

المغرب قالوا اذا كان في زمانهم عند قوله الا باق أما في زماننا فلا بأس به انما هو في خصوص صفات الهنود

(قال المصنف ولا يجوز للمنفق أن يؤجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الاصح وقال أكمل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهراً فمنهم من جعله على الرويتين ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاطوار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة السكاكي أو نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز في كتاب القبط (قوله فالأول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب القبط

وقوله (يريد الندوى) احتراز عما أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد بإباحته أى بإباحة الندوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تدواوا عبادنا فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والاصم بالنوكل محمول على النوكل عندنا كتب الاسباب ثم التوكل بعدد على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزى اليك بيجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير ذلك كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله (١٢٤)

الاستشفاء باخرم حرام) تيل
 اذ لم يعلم أن فيه شفاء فان
 علم أن فيه شفاء وليس له
 دواء آخر غيره يجوز له
 الاستشفاء به ومعنى قول
 ابن مسعود رضى الله عنه
 ان الله لم يجعل شفاءكم
 فيما حرم عليكم يحتمل أن
 عيب الله قال ذلك في داء
 عرف له دواء غير المحرم لانه
 يستغنى بالحلال عن الحرام
 ويجوز أن يقال تنكشف
 الحرمة عند الحاجة
 فلا يكون الشفاء بالحرام
 وانما يكون بالحلال قال
 (ولابأس برزق القاضى
 الخ) اذا قلنا السلطان
 رجلا القضاء لابأس أن
 يعين له رزقا بطريق الكفاية
 لأن يشترط ذلك في ابتداء
 التقليد لان النبي عليه
 الصلاة والسلام بعث
 عتاب بن أسيد رضى الله
 عنه الى مكة وفرض له
 أربعين أوقية في السنة
 والاوقية بالتشديد أربعون
 درهما وتسكاهم وافي أنه صلى
 الله عليه وسلم لم من أى مال
 رزقه ولم تكن يومئذ
 الدواوين ولا بيت المال
 فان الدواوين وضعت في
 زمن عمر رضى الله عنه فقبل
 انما رزقه من النى عوقيل من المال الذى أخذته من نصارى نجران ومن الجزية التى أخذها من مجوس على

الاستشفاء باخرم حرام) تيل
 اذ لم يعلم أن فيه شفاء فان
 علم أن فيه شفاء وليس له
 دواء آخر غيره يجوز له
 الاستشفاء به ومعنى قول
 ابن مسعود رضى الله عنه
 ان الله لم يجعل شفاءكم
 فيما حرم عليكم يحتمل أن
 عيب الله قال ذلك في داء
 عرف له دواء غير المحرم لانه
 يستغنى بالحلال عن الحرام
 ويجوز أن يقال تنكشف
 الحرمة عند الحاجة
 فلا يكون الشفاء بالحرام
 وانما يكون بالحلال قال
 (ولابأس برزق القاضى
 الخ) اذا قلنا السلطان
 رجلا القضاء لابأس أن
 يعين له رزقا بطريق الكفاية
 لأن يشترط ذلك في ابتداء
 التقليد لان النبي عليه
 الصلاة والسلام بعث
 عتاب بن أسيد رضى الله
 عنه الى مكة وفرض له
 أربعين أوقية في السنة
 والاوقية بالتشديد أربعون
 درهما وتسكاهم وافي أنه صلى
 الله عليه وسلم لم من أى مال
 رزقه ولم تكن يومئذ
 الدواوين ولا بيت المال
 فان الدواوين وضعت في
 زمن عمر رضى الله عنه فقبل
 انما رزقه من النى عوقيل من المال الذى أخذته من نصارى نجران ومن الجزية التى أخذها من مجوس على

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب انهبة في صغيرة لها زوج شى عنده يعولها ولها أب فقوب لها أنها
 لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقية الأب فانه لما كان
 نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجهه والولاية ومن وجه العول والنفقة
 ومن وجه انقل والتبميز فثبت أن عدم الأب ليس بالازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطلعت كلمة
 سائر الشراح أيضا على أن عدم الأب ليس بالازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاق وعمل ذلك كما هم
 بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فققبض زوجها الهبة فلها
 فانه يجوز لكونه نفعا محضا بخلاف قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره
 بطريق النقل عن النهاية ومن عداها بما ذكره من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي
 اذ الثابت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بالازم في جواز قبض زوج الصغيرة
 الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لأن عدم الأب ليس بالازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض المنة
 الهبة أو الصدقة لا لقيط الذى يده لتحقيق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة
 لها عند وجود الأب كما حرم في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التى استشهدوا بها حيث
 قال وفيما وهب الصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف
 ما قبل الزفاف وعليك مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب حيث لا يمكن لكونه الأبعد موت
 الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفه هو لضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب
 لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له أى لأب له معروفة لأن لا يكون
 أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق
 خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

قوله فالأول احتراز عما أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطاء والنظر والمس أنه يجوز الحقة للهزال
 الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أماره المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد هنا ارادة بجمدة السمين
 بلا قصد التدوى وفيما سبق ليس كذلك

هجز وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استجملت نفقة السنة فبات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله (ولابأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلظة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة الى ما ذكرنا من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بهم والمسافرة فقد قيل يباح كافي المحارم

﴿كتاب احياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسميى للخصب في أقوات الانام ومشر وعيته

بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وشروطه ستذكر في أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كإمارة غير مودة وحكمه تملك الهي ما أحيأ

على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استكمال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولابأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الامام فيما يرجع الى النظر والمسننة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع ببعضها

﴿كتاب احياء الموات﴾

لابأس ليس بشرط لازم في حق غنم الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها واولها أب فوجب لها أن توجب أو قبض لها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب وذلك لأن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضاً صحيح فان مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيعشئ ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما اذا كانت صغيرة مخرجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً ولا معنى لحمل قوله لأب له في مسألة الجماع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لأب له معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لانه كان المراد لأب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جد الاحتياج الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغوم الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الراني محمد ذلك الهام وان كان المراد لأب له معروف أصلاً أي لاجل الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما هو ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الأب كافي المولود من أمته فالحق عندي أن قوله لأب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرهما حيث لا يملك كونه لا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا تفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل في كاية قوله وكل من يعولها غيرهما فلزم أن لا يملك قبض الهبة لاصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

﴿كتاب احياء الموات﴾

قال بهر النمرح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الردعايم هم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة هي هنا مع ملاحظة تلك المناسبات فتقتضي ذكر هذا الكتاب عقب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك انات بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فانه ينفع في مواضع شتى

قوله (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا شطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غاب
 غلب الماء أو ما أشبه ذلك بالمت

أما قوله (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا شطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة)
 من حيث استغلاله لا من حيث كونه ماء أو غيره (فإن كانت من غير الماء لا مال له أو كان مما لا يعرف
 له مال له بعينه وهو غير بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت
 فيه فهو موات) قال زيني الله عنه فكذا كرهه عبدوي ومعنى العادي ما قدم خرابه والمراد من
 شجره أنه لا يشترط أن لا يكون على مسلة أو دمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا
 فما التي هي على مسلة أو دمي لا تكون مواتا وإذا لم يعرف مال له يكون لمصلحة المسلمين ولو ظهر له
 ما يشترط عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر
 أن ما يكون قريبا من القرية لا ينتفع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه وشجره اعتبر انقطاع
 ارتفاق أهل القرية عنه حقيقة وإن كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخوضه زاده
 رحمه الله وخمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء باذن
 الامام لماله وإن أحياء غير باذن لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يملكه) لقوله عليه السلام من
 أحياء أرضا ميتة فليس له ولأنه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كافي الخطب والعبد ولا يحنيفة رحمه
 الله قوله عليه السلام ليس للراة الاما طابت نفس امامه

يشبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا شطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة)
 كونه ماء أو غيره (فإن كانت من غير الماء لا مال له أو كان مما لا يعرف
 له مال له بعينه وهو غير بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت
 فيه فهو موات) قال زيني الله عنه فكذا كرهه عبدوي ومعنى العادي ما قدم خرابه والمراد من
 شجره أنه لا يشترط أن لا يكون على مسلة أو دمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا
 فما التي هي على مسلة أو دمي لا تكون مواتا وإذا لم يعرف مال له يكون لمصلحة المسلمين ولو ظهر له
 ما يشترط عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر
 أن ما يكون قريبا من القرية لا ينتفع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه وشجره اعتبر انقطاع
 ارتفاق أهل القرية عنه حقيقة وإن كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخوضه زاده
 رحمه الله وخمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء باذن
 الامام لماله وإن أحياء غير باذن لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يملكه) لقوله عليه السلام من
 أحياء أرضا ميتة فليس له ولأنه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كافي الخطب والعبد ولا يحنيفة رحمه
 الله قوله عليه السلام ليس للراة الاما طابت نفس امامه

(قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا شطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع
 الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لا يمكن لا ينتفع به
 لاحد الامور المذكورة وذلك أن تقول هذا تفهيم للمعنى اللغوي انتهى أقول توجيهه الذي ذكره بقوله
 ولا أن تقول الى آخره ليس بتمام فانه قد أن لا يكون له مال له معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح
 والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مال لها من الاكسين ولا ينتفع بها احد انتهى
 وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مال لها انتهى فعلى تقدير
 أن يحصل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسير بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي
 للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن
 لا يكون له مال له معتبر في معناه اللغوي لاننا نقول النظار المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظ في كتب اللغة
 بلاضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح
 والموات أيضا الارض التي لا مال لها وان لم يكن الاصر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي
 ذكرنا ولا فلا شك أن ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن
 يحصل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفنا بالاختصاص وهو ليس بأقل فحاشا من التعريف
 بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكك أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح
 هذا المقام حيث قال لقوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحدد لغوي وزيد علمه في الشرع أشياء
 أخرى انتهى قوله فما كان عاديا لا مال له أو كان على كافي الاسلام لا يعرف له مال له بعينه وهو بعيد
 من القرية بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تحق
 (قوله ولا يحنيفة قوله عليه السلام ليس للراة الاما طابت نفس امامه به) أقول أقائل أن يقول ان اعتبر
 عموم حد الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن
 كل أحد يستبد في الملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

(قال المصنف الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) أقول تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة وذلك أن تقول هذا تفهيم للمعنى اللغوي انتهى أقول توجيهه الذي ذكره بقوله ولا أن تقول الى آخره ليس بتمام فانه قد أن لا يكون له مال له معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مال لها من الاكسين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مال لها انتهى فعلى تقدير أن يحصل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسير بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مال له معتبر في معناه اللغوي لاننا نقول النظار المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظ في كتب اللغة بلاضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح والموات أيضا الارض التي لا مال لها وان لم يكن الاصر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرنا ولا فلا شك أن ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحصل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفنا بالاختصاص وهو ليس بأقل فحاشا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكك أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قال لقوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحدد لغوي وزيد علمه في الشرع أشياء أخرى انتهى قوله فما كان عاديا لا مال له أو كان على كافي الاسلام لا يعرف له مال له بعينه وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تحق (قوله ولا يحنيفة قوله عليه السلام ليس للراة الاما طابت نفس امامه به) أقول أقائل أن يقول ان اعتبر عموم حد الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد في الملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

الارض لله رسول الله ثم هو بعد مني الحكم روادع عبد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح الكا كوفي كلامه تنقض
 ظاهره والنظار أن مراده من قوله لا أن يكون منسوبا الى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب
 يرجع لتفسيره عليه حكاه أي من قوله قريبا كقوله تعالى اعدوا لهوا وأقرب للتقوى

والآخر اذن بالشرع فالاول
كقوله صلى الله عليه وسلم
من تاء أو رعى في صلته
فلم ينصرف والآخر كقوله
صلى الله عليه وسلم من قتل
قتيلا فله سلبه أى للإمام
أن يأذن للغزى بهذا القول
فكان ذلك منه عليه

السلاة والسلام اذنا لقوم
معنيين فيجوز أن يكون
قوله عليه الصلاة والسلام
من أحيا أرضا مواتا فهي
له من ذلك القبيل وحاصله
أن ذلك يحتمل التأويل
وما ذكره أبو حنيفة
رحمه الله مفسر لا يقبله
فكان راجحا وفيه وجه آخر
وهو أن قوله عليه الصلاة
والسلام من أحيا أرضا مواتية

نهى له يدل على السبب
فإن الحكم إذا ترتب على
مشتق دل على عملية المشتق
منه لذلك الحكم وليس فيه
ما يمنع كونه مشروطا
بأذن الإمام وقوله عليه
الصلاة والسلام ليس للمرء
الاماطا بت به نفس امامه
يدل على ذلك وقوله
(والاصح أن الاول ينزعها
من الثاني) بيانه أن المشايخ
رحمهم الله اختلفوا في أن
احياء الموات يثبت ملك
الاستغلال أو ملك الرقبة
فذهب بعضهم منهم الفقيه
أبو القاسم أحمد البخني
رحمه الله الى الاول قياسا
على من جلس في موضع

ومارواه بحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولأنه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب
فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كافي سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه ماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
احياها ثم تركها فزرها غير فقد قيل الثاني أحق به لان الاول ملك استغلاله لارقبته فادتر كها كان
الثاني أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ
الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالتارك ومن أحيا أرضا مواتية ثم أحاط بالاحياء بمجوانها الاربعة
من أربعة نفر على التعاقب فمن محمدان طريق الاول في الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عموميه لا يتم المطالب ههنا فان قلت عموميه غير معتبر بل هو مختص
بما يحتاج فيه الى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه
قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة في لزوم المصادرة على المطالب
(قوله ومارواه بحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات على نوعين أحدهما نصب
الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من تاء أو رعى في صلته فلم ينصرف والآخر
كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أى للإمام أن يأذن للغزى بهذا القول فكان ذلك من
النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتجرىضا على القتال لانصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل
قتيلا لا يكون سلبه له الآن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا مواتية فهي له
من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل
التأويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الخطب
والخشيش ومارواه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ساذ كرابعيان أنه لا يجوز الاقتيات على رأى الامام
والخطب والخشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصرف بخصوصا والارض
مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وايضا على الركاب كسائر الاموال
فكان ما قلنا أولى انتهى واقتضى أثره صاحب الكفاية والعيني أقول كل من السؤال والجواب ليس
بسد يد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الخطب والخشيش انما يقتضى كون العمل بمارواه
أولى لكونه عام لا يخص أن لو خص الخطب والخشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص
منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف في علم الاصول وأما اذا خص الخطب والخشيش من ذلك بما هو مفصول
عنه فلا يلزم أولوية العمل بمارواه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا
في الباقي كسائر القطعيات كما تقررى في علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الخطب والخشيش بمارواه
ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه
الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدى الى المصادرة
فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونه من
الغنائم دليل آخر عقلى لابي حنيفة مذ كورفى الكتاب بعده والكلام الآن في عشمية الدليل العقلى
قبالمصير الى ذلك الدليل العقلى ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء
توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه سيجى في الكتاب أن المسلم والذمى
مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتشبه في حق المسلم دون الذمى فتأمل
(قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه
بلام التملك وملكه لا يزول بالتارك) قال في العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله فقه نظراً لأنه جملته على كونه إذا لا شرعاً فكيف يسمع الاستدلال به والجواب أنه وإن كان
 الله لا يكتفه إذا أذن له الإمام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلاً فإنه سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينهم انظر قد)
 له حين سكت عن الأول والثاني والثالث والرابع فإذا أحياءه الرابع فقد أحيأه بقرينة من حيث المعنى فيكون له فيه طريق
 قال (وحيث لم يبيح الأحياء) المسلم (١٣٨) والشرع في ذلك ما أحيأه سواء لا استواء ما في السبب والاستواء

لتعينهم انظر قد رفسد الرابع ابطال حقه قال (ويترك الذي بالأحياء كما يملكه المسلم) لأن
 الاحياء سبب الملك إذا أن عند أبي حنيفة رحمه الله أذن له الإمام من شرطه قيد استويان فيه كقاي
 سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن جبراً أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها
 الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر
 أو الخراج وإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للقصد ولأن التجبير ليس بأحياء لملكه به لأن الأحياء
 إنما هو المارة والتجبير الأعداء لا معنى به لأنهم هم كقاي علمونه بوضع الأجار حوله أو يعاونونه تجر غيرهم
 عن أحيائه فيبقى غير مشلول كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه
 ليس للتجبير

مذهبنا الصحيح وأما على مذهب أبي حنيفة فقه نظراً لأنه جملته على كونه إذا لا شرعاً فكيف يسمع
 الاستدلال به والجواب أنه وإن كان الله لا يكتفه إذا أذن له الإمام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الإمام من
 قتل قتيلاً فإنه سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث
 فينبغي ما فرق بوجود ذلك التعليل في لفظ الإمام هنا بخلاف الالذ في الأحياء فإنه لا يلزم أن يكون بلفظ
 التعليل انتهى أقول الفرق الذي ذكره ليس بتسام لأن لام التعليل مذكورة في كل من الحديثين الواردة في
 المقامين فإذا كان كل منهما محمولاً على الأذن فجعل وجود لفظ التعليل شرطاً في أذن الإمام في أحد المقامين
 دون الآخر كما بحث لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن جبراً أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها
 الإمام ودفعها إلى غيره) والأصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا في كون التجبير مقيداً للملك منهم من قال يفيد
 ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار للمصنف أشار إليه بقوله هو الصحيح قيل
 وقرئ الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياء فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه
 على الأول وجه الأول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للتجبر حق بعد ثلاث سنين في الحق بعد ثلاث
 سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف إلى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه
 الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العنابة
 وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خبير بأن المصنف استدلال على الترك ثلاث سنين
 بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد إذ لو لم
 يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالإجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين
 لقول عمر رضي الله عنه ليس للتجبر بعد ثلاث سنين حق فإن حاصره الاستدلال بفهم الحديث المذكور
 على ثبوت حق التجبر قبل ثلاث سنين أذهو المقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورد على أن
 استدلال المصنف بفهم ذلك الحديث ليس بتمام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب
 المسزور (قوله لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج
 فإذا لم يحصل يدفعه إلى غيره تحصيلاً للقصد) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لا يقتضي أن يأخذها

في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن جبراً أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج وإذا لم يحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للقصد ولأن التجبير ليس بأحياء لملكه به لأن الأحياء إنما هو المارة والتجبير الأعداء لا معنى به لأنهم هم كقاي علمونه بوضع الأجار حوله أو يعاونونه تجر غيرهم عن أحيائه فيبقى غير مشلول كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للتجبير

ومعنى الأول أنه لم يوضع الأجار حوله لأنهم هم كقاي يفتنون ذلك ومعنى الثاني أعلم بجبر الغير عن أحيائها فكان التجبير هو الإعلام إذا جبر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره والأصل في ذلك أن المشايخ رجحوا أنه اختلفوا في كونه مقيداً للملك فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار للمصنف رحمه الله أشار إليه بقوله (هو الصحيح) قيل وقرئ الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياء فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول وجه الأول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للتجبر بعد ثلاث سنين حق في الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف إلى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العنابة وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خبير بأن المصنف استدلال على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد إذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالإجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للتجبر بعد ثلاث سنين حق فإن حاصره الاستدلال بفهم الحديث المذكور على ثبوت حق التجبر قبل ثلاث سنين أذهو المقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورد على أن استدلال المصنف بفهم ذلك الحديث ليس بتمام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المسزور (قوله لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فإذا لم يحصل يدفعه إلى غيره تحصيلاً للقصد) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لا يقتضي أن يأخذها

عمر رضي الله عنه ليس للتجبر

بعد

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة فقه نظراً لأنه جملته على كونه إذا لا شرعاً فكيف يسمع الاستدلال به والجواب أنه وإن كان الله لا يكتفه إذا أذن له الإمام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلاً فإنه سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فينبغي ما فرق بوجود ذلك التعليل في لفظ الإمام هنا بخلاف الالذ في الأحياء فإنه لا يلزم أن يكون بلفظ التعليل

حق بعد ثلاث سنين في الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم (١٣٩) ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ما بيني للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الاخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند محمد رحمه الله (أو دلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصه بها وقوله (لماذا كرنا) اشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجوانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والخمسة أنه من كل جانب لان المقصود من الحریم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كي لا

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمان يمضي أمور فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رناه بثلاث سنين لان مادونهما من الساعات والايام والشهور والاي في بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كاه ديانة فأما اذا أحياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها التحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيلاء فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الخبز بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقي الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة لئلا يمنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كرهها وسقاها فعن محمد أنه أحياها ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الأنهار كان أحياها لوجود الفعاليين ولو حوطها أو سنها بحيث يعصم الماء يكون أحياها لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز أحياها ما قرب من العاصم ويترك صرعى لأهل القرية ومطر حالصا ندهم) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا فالجواز لا امام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالخ والابار التي يستقي الناس منها الماء كزنا قال (ومن حفر بئرا في قرية فله حريمها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن الامام عنده أو باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر أحياها قال (فان كانت للعطن حريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيل المنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها التحجير والتحجير بل يصير أحق بالنصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوكا أحدا الى غيره لا تنافع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليه لذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعطيل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس بأحياها لملكه به فلا يكون التعطيل الاول مفيدا للمدعي بدون الثاني مع أن أسلوب تحريره بأبي ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعطيل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند محمد رحمه الله أو دلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا واذا اظهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاع أهلها عنه فيدار ملكه عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهت اذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظر الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظر الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلانه كان ينبغي اذ ذلك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كالأشبهه على ذي فطرة سليمة وأما ثانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقصر حواله البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يدفع بعشرة أذرع من كل جانب بقيت

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدلى على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع

فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرأفة وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله مارويانا)
يريد به قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا من غير فصل يعنى بين العطن والناضح واعترض بأنه متيقن
بقوله عطاء بن السائب فيكون فصل (١٠ +) بين العطن والناضح وأجيب بأن ذكر ذلك المثل للتعليب لا لتقسيمه

لان فى الاراضى رخوة ويحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح شريح يستون ذراعا وهذا
عندهما وعند أى خنيفة أربعون ذراعا) له ما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع
وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير ذراعه
للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه يمد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله
مارويانا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله
والعمل به ولان القياس بأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيم اتفق عليه
الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه

(قوله لان فى الاراضى رخوة ويحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء
بالنماء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دون النماء ورخوة الاراضى لا غير اذ لو كانت فيها اصلا لم يتحول
الماء الى ما حفر دونها فطعنا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل
فى مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا ظاهر فى
كون الاربعين من كل الجانب الاربع على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به فى
الكافى وعامة الشروح وقد تقرر فى علم الاصول أن التعليل فى مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم
الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر
عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب
لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان ما ل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج
وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى الى الحرج ورشدك اليه تقر بصاحب الكافى فهنا حيث
قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول
لكي لا يتحفر أحد فى حريمه بئر أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل
جانب فان الاراضى تختلف صلابه ورخاوة فربما يحفر بئر أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه
فيتعطل عليه منفعة بئر وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى
فتدبر (قوله وله مارويانا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى
قبوله والعمل به) يريد بقوله مارويانا قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا وقوله من
غير فصل أى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من
حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا وقوله أولى عنده أى عند أى خنيفة رجحه الله ويريد بالخاص المختلف
فى قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم
بئر الناضح ستون ذراعا كذا فى العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أى خنيفة منقوض
بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سأتقى مع أن مارواها من قوله عليه السلام
من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به
أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل
فى الفرق (قوله ولان القياس بأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيم اتفق
عليه الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه) يعنى أن الحديثين اتفقا فى الاربعين فتركنا التماس

فان الغالب فى انتزاع
الآثار فى المسائل هذا
التفسير فى فكون ذكر
العطن ذكرنا لجميع
الانتقاعات كما فى قوله تعالى
وذروا البيع قبل البيع
لما أن الغالب فى ذلك اليوم
البيع وكذلك قوله تعالى
ان الذين يأكلون أموال
اليتامى ظلما والوعيد ليس
بتعصير من بالا كل ولكن
الغالب من أمره الا كل
فأخرج على ما عليه
الغالب والدليل على ذلك
ماروى أبو يوسف رحمه الله
قال حدثنا أشعث بن
سوار عن الشعبي أنه قال
حريم البئر أربعون ذراعا
من ههنا وههنا وههنا
وههنا لا يدخل عليه أحد
فى حريمه وفى مائه وقوله
(والعام المتفق على قبوله
والعمل به) يريد بقوله عليه
الصلاة والسلام من حفر
بئر لان كلمة من تفيد
العموم (أولى عنده) أى
عند أى خنيفة رجحه الله
(من الخاص المختلف فى
قبوله والعمل به) يريد به
حديث الزهري وحريم العين
خمسمائة ذراع وحريم البئر
العطن أربعون ذراعا
وحريم بئر الناضح ستون

ذراعا ورد عموم الاول بأن معناه من حفر بئر العطن فله مما حوله أربعون ذراعا وهو خاص
بالعطن كما ترى وأجيب بأن عطاء ليس صفة له شرحتى يكون محصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى
القياس فانه بأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر فى موضع الحفر واستحقاقه بالعمل فى موضع الحفر استحقاقه لكن ان تركناه

ولأن قد يستحق من العطن بالنسخ ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيه ما يمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة قال (وان كانت عيننا حرجها حسمائة ذراع) لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من مرضع يخرق فيه الماء ومن سرون يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة فلا بد من زيادة والتدبير بحسمائة بالتوقيف والاصح أنه حسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع شي المكروه وقد بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بهار في أراضيها رخاوة في أراضيها لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول قال (فن أراد أن يحفر في حرجها يمنع منه) كي لا يؤدي إلى تفويت حقه والاخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحر يعم ضرورة تمكنه من الانتفاع به وليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئر في حريم الأولى للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قبل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كافي الكفاية ببقائها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها وقيل يضمه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للنصافي وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعدان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يبيح حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا التقدير وفيما وراء الأربعة تعارضان العام ينفيه والخاص يثبت به فتساقط فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لأن المتعارضين من الداليل انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لأن العام انما ينفي ما وراء الأربعة بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الإشارة والخاص يثبت بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به وترك القياس لظهور أن ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر واحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارض فيه حفظناه وما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الأربعة تعارض فاعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساوى في القوة ولم يوجد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه وهو ما وراء الأربعة في حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولأنه قد يستحق من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يستحق منه باليد ومن بئر الناضح ما يستحق منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستحق من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ونحن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بهار في أراضيها رخاوة في أراضيها لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول) أقول فيه اشكال اذ المقادير مما

فيجب المصير إلى ما بعده وهو التماس منظرنا وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه السلام حريم العين حسمائة ذراع وقوله (والذراع هي المكسرة) يعني أن يكون متب قبضات وغودراع العامة وانما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الا كسرة بقبضة وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال (فن أراد أن يحفر في حرجها يمنع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أي يصلحه ويكبسه من باب أعجنى زيد وكرمه في كون لعطف التفسير فان اصلاحه كبسه قوله (وذ كر طريقة معرفة النقصان) وهو أن يعمم الأولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة يجري الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كاريز (قوله إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذي يجوز به الوضوء وفيه رد على الصلابة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الحسمائة تعبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل

وقوله (بمورد الحديث) يريد به ما روي أن رجلا غرس شجرة في أرض فبلا فبلا آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحريم حصة أذرع وأطلق للأخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان نهري أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لأن نهرا الرجل وأرضه على شاطئ النهر لا آخر فتنازع في المسألة فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسألة لصاحب الأرض بالأجاء وإن لم يكن بينهما حائل (١٤٣) قال أبو حنيفة رحمه الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض ولصاحب النهر فحق حتى أن

صاحب الأرض إذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المسألة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كره في كل حين أما الأنهار الصغيرة التي يحتاج إلى كرهها في كل وقت فليها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف ينفيه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعني بجامع الاستحقاق فإن استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدي الحكم منهما إليه (وله أن القياس بإياه على ما ذكرناه) يعني قوله ولأن القياس بأبي استحقاق الحريم إلى آخره وفي البئر عرفناه بالآثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة إلى الحريم

وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئر وراء حريم الأولى نذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفره وأول الثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والفائدة الحريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعند لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهري في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر فالواو عند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين قوارة فيقدر حريمه بمخمسة أذراع (والشجرة تغرس في أرض موات إما حريم أيضا حتى لم يكن لغريمه أن يغرس شجرة في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريمه بمخمس ثم يوضع فيه وهو مقدر بمخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وماترك الفرات أو النهر وعُدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز أحياؤه) الحاجة العامة إلى كون نهرا (وأن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريم العامر) لأنه ليس في ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في هذا الإمام قال (ومن كان نهري أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقسم بينه على ذلك وقاله مسألة النهر عني عليا وياقي عليا طينه) قيل هذه المسألة بناء على أن من حفر نهرا في أرض موات باذن الإمام لا يستحق الحريم عنده وعندهما ما يستحقه لأن النهر لا يتقعر به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسهيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى القاء الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بهرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس بإياه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالآثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الاستقاء ووجه البناء أن استحقاق الحريم ثبت اليد عليه اعتبارا بتبعات النهر والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه تععدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكرناه أن شاء الله تعالى وإن كانت مسألة مبتدأة فليعلم أن الحريم في يد صاحب النهر باستعماله الماء به وإيضا لا مالك صاحب الأرض نقضه

لا مدخل فيه للرأي أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرح جوابه وانفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتمسك في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصور لأنه لا يتشبه فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة فإنه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما هو آثره ويجوز التحجير لا تصير البئر الأولى ولا حريمها ملكا للبحر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره فالأولى في التعليل أن يقال لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالأحياء وليد الإيثار الإمام أن يأخذ من

فيه) أي في البئر جواب عما قاله من أنه على خلاف القياس فليحجبه بالدلالة ووجهه أن الإلحاق بالدلالة إنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوي والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك فإن الحاجة إلى الحريم فيه أي في البئر بمعنى القلب فوق الحاجة إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق وقوله (وجه البناء إلى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله

(قال المصنف والفائدة الحريم بقدر ما يصلحها) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم) أقول لأنه لا يلحقه بعض الخرج في نقل الطين والمشي في وسطه

وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه وقوله (يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعد بقوله (على ما ذكره وقوله) والقضاء

(١٤٣)

في موضع الخلاف) أى فى مسألة من كان له نهر فى أرض غيره قضاء ترك لأقضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله (ولانزع فيما به استمسك الماء) جواب عن قوله ما انحرجهما ان الحرىم فى يد صاحب النهر بالمسالك الماء وهو واضح وقوله (والمانع من نقضه) جواب عن قوله ما لا يملك هذا لا يملك صاحب الأرض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لاحدهما عليه) أى على المسناة بتأويل الحرىم

(قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك ما فى الإشارة من الخفاء ولك أن تقول المراد بالاستواء هو الارتفاع

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهدان فى يده ما هو أشبه به كائين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمسك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسك به ما منه فالاخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لملكه كالحائط لرجل ولا نزع عليه جذوع لا يمكن من نقضه وان كان ملكه (وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مساة ولاخر خلف المسناة أرض تتركها وليست المسناة فى يدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة وقالاهى لصاحب النهر حرىم الملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة فى يدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدوى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وثمر الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله فى الغرس وبقوله ما فى القاء الطين ثم عن أبي يوسف أن حرىم مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا تجرأ أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه فى الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه انتهى وتبعه العيني أقول ليس هذا بشرح سديد لان الإشارة الى ما ذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما فى قوله صورة لاستوائهما استواءهما فى الارتفاع والانخفاض أى الاستواء المكانى ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء فى الحقيقة الأرضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحرىم أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور بتبصر (قوله وثمر الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذا يظهر كون ما ذكره ثمر لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لا وجه لكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حرىم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حرىم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس فى مقدار ذلك الحرىم لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما اذا شك أن ولاية الغرس فى موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا يستتر به فكيف خفى على مثل ذلك القائل

الحرىم من الأرض لا الاستواء فى الأرضية (قوله هو الموعد بقوله على ما ذكره) أقول فيه بحث بل الموعد بقوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف وثمر الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذا يظهر كون ما ذكره ثمر لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقد علم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفعية لم تقط الهاء لتحقيقا والمراد به احياءنا الشرب بالشفاء ويصحون شرب شرارهم ويصحون شرب التربة ودجلة شهر

وانت تراث في قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث ان الفصح في الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤن نظر الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من سام رمضان وأتبعه من شت من شوال الحديث الصوم انما يتحقق في الايام لافي الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنشأ وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحه في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار والانهار وأما الكلا وهو ما لا ساق له فاما ان ينبت في أرض شخص أو أنبت فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحد الادخل ملكه الا بانه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لان حصل بكسبه والكسب لا يكتسب وأما النار فممكن أو قد نارا في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وما يتجفيف الشاي وأن يعمل بضومها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما نبت فيه الشجرة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كاه الان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة

فصل في المياه (١) واذا كان لرجل ثم رأبها أو قنادة فليس له أن يمتنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ما البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من أراد أن يسقى نهر ما من الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بها الجبر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء الادوية العظام كيجون ويصحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيوا أحد أرضا ميسرة وكري منه نهر ليس فيها ان كان لا يضر بالعامه ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامه فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يعيل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نص الرحي عليه لان شق النهر للرعي كشفة للثقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البستر ونحوها موضع الاحراز ولا يملك المباح بدونه كالنفس اذ اتكس في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استحباب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه انفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقي بذلك أرضا احياءا كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضربهم أم لم يضربهم لان حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا بجنائز ذلك لانقطع منقعة الشرب والرابع الماء المخرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يجوز وجوده وهو يساوي نصا لم يقطع عنه

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه (٢) لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقد علم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في النروح أقول بردي على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان الاثنى تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لاحالة وانما المقصود الشرح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكره (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يجوز وجوده وهو يساوي نصا لم يقطع عنه) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كاه الان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة

بشيئ منه الا برضاه لان حصل بكسبه والكسب لا يكتسب وأما النار فممكن أو قد نارا في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وما يتجفيف الشاي وأن يعمل بضومها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما نبت فيه الشجرة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كاه الان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

الذي خلق لكم الآية ولا يلزم

بالعمل به ابطال الكتاب
بخلاف قوله تعالى هو
الذي خلقكم فان العمل
به على الاطلاق يبطل
قوله تعالى الزانية
والزاني والسارق والسارقة
وغير ذلك فدل على أن
المراد به غير ما دل عليه
الخصوصيات وقوله وقيل
له أن يمنع اعتبار بسبق
المزارع والمشار ذ كرفي
المبسوط وأكثروا على
أنه أن يمنع في مثل
هذه الصور لان الشفة

مالا يشرب بصاحب النهر
والبئر فأما ما يضر
ويقطع فله أن يمنع ذلك
وقوله وأهم أن يأخذوا
منه أي من الجدول

الصغير علم من وضع
المسئلة فيه وقوله في
الصحيح اشارة الى اختلاف
المشايخ رحمه الله فان
منهم من قال لا يأخذون
الماء منه للوضوء وغسل
التياب لان الشربة
ثبتت في حق الشفة
لاغير والصحيح جوازه
دفعاً للخرج وقوله
ذلك في الاصح احترار
عن قول بعض المتأخرين
من أئمة بلخ اذ قالوا ليس
له ذلك الا باذن صاحب
النهر عما ينظر اهر الحديث
وقوله (لان الماء متى

ولو كان البئر والعين أو الخوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا
كان يمداه آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وان كان لا يجب بدقيل لصاحب النهر اما أن تعطيه
الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر شفته وهذا مروى عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما
اذا احتسرى في أرض مملوكة له أما اذا احتسرها في أرض موات فليس له أن يمنعه لان الموات كان مشتركاً
والحق لأحياء حق مشترك فلا يقطع الشربة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره
العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف
الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابه المخصصة وقيل في
البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة
اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جداولاً صغيراً وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها
فيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت فصارت كالمدومة وهو سبيل في قسمة الشربة وقيل له
أن يمنع اعتبار بسبق المزارع والمشار والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء
وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الخرج وهو مدفوع وان
أراد أن يسبق شجرة أو خضر في داره جلابجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون
المنع من الدناءة وليس له أن يسبق أرضه ويختله وشجرة من نهر هذا الرجل وبئر وفاته الا باذنه نصاً
وله أن يمنعه من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شربة الشربة بواحدة لان في ابقائه
قطع شربة صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والشفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التيسيل فيه
ولا شق الشفة فان أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فتجوز فيه الاباحة كالماء المحرز
في انائه

بهذا الطريق واجب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض
جميعاً ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً فان
العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد
غير ما دل عليه الخصوصيات كذا في العناية أقول في هذا الجواب نظراً لانه وان لم يلزم بالعمل
بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر فانهم حكوا بان الماء المحرز في الاواني
يصير مملوكاً بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بدله من دليل شرعي لا محالة فلو
علمنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في
الاواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه غيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور
غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه
كما قيل في الآية المذكورة فينبغي أن لا يورث شبهة فمما لو سرق انسان ماء محرز في الاواني كما
لا تورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث
قال فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظراً الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعاً
قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاتحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله
تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجب وزلزاله على الاربع فكذلك معنى الآية والله أعلم بخلق
لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس
علماً اه

من فصل في كرى الانهار في كرم مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا اذا قلنا على النهر ان يجر جديون مؤنة الكرى كأنهم العام أخذ كره ووجه المصنف في السلسلة ظاهر لان النهر اما ان يكون عام من كره وجهه فانه كذا (١٤٦) أو عام من وجهه خاص من وجهه أما الاول فكأنه نسي ان يبين وجهه

وجديون وجهه وأما الانهار ان يجر جديون مؤنة الكرى كأنهم العام أخذ كره ووجه المصنف في السلسلة ظاهر لان النهر اما ان يكون عام من كره وجهه فانه كذا (١٤٦) أو عام من وجهه خاص من وجهه أما الاول فكأنه نسي ان يبين وجهه

فصل في كرم الانهار في كرم مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا اذا قلنا على النهر ان يجر جديون مؤنة الكرى كأنهم العام أخذ كره ووجه المصنف في السلسلة ظاهر لان النهر اما ان يكون عام من كره وجهه فانه كذا (١٤٦) أو عام من وجهه خاص من وجهه أما الاول فكأنه نسي ان يبين وجهه

فصل في كرم الانهار في كرم مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا اذا قلنا على النهر ان يجر جديون مؤنة الكرى كأنهم العام أخذ كره ووجه المصنف في السلسلة ظاهر لان النهر اما ان يكون عام من كره وجهه فانه كذا (١٤٦) أو عام من وجهه خاص من وجهه أما الاول فكأنه نسي ان يبين وجهه

سعد الجني رحمه الله وقوله (فاستوت الجهة ان) يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجار في النهر الثاني فان من أي من أهله يجبر عليه هناك لان احدي الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الا في دفع الضرر العام عن غيره وقوله (ولا جبر حق الشقة) جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احياحق الشقة العامة فيكون في النهر ضرر عام فينبغي أن يجبر الا في دفع الضرر عن أهل الشقة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الا في حق أهل الشقة كالأمتنع جميع

أهل النهر عن كربة فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى (٧ ع ١) النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه انقاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غير لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعني فكانوا محجولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فـراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (بجوز دعوى الشرب بالأرض استحسانا) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه يمكن له ذلك

فصل في كرى الأنهار (قال المصنف فلا يلزم انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع

فصل في دعوى الشرب (قال المصنف لانه قد علك بدون الأرض ارثا) أقول قد علك بالأرض ما لا علك بالبيع كالتصاغر والخمر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أى ماؤه ذكر المحل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رجسه الله وقاله على جميعا من أوله الى آخره بمخصص الشرب والأرضين لاد لصاحب الاعلى حقاقى الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصد من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانتهى بكه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقبل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح لانه رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانه انتفاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ نهره كونه نهر الاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكرى شئ لانهم لا يحصون ولا ينهم أتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علك بدون الأرض ارثا وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مروي غوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل بحري في أرض غيره فارد صاحب الأرض أن لا يجبرى النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له بأجره مائة فوهة عند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه واقتنى أثر جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شئاً وقال صاحب الغاية استعمل الانقاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويحوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجبوز أن يكون ذلك سموا من الكاتب بان يكون في الاصل انقاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدي لكون الدفع متعديا بدون الهمزة قبل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فان باع متعديا ولم يصدق دوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا للاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غير معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ما له أيضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه (قال المصنف في بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب) (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علك بدون الأرض ارثا وقد تباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مروي غوب فيه فيصح فيه دعوى البيع (قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في النهاية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتهى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه ماو كابدون الأرض ارثا وباقيها بعد بيع الأرض وهو مروي بآفته والاي يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

له بأجره مائة (أقول الضمير في قوله له عائد الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستعمال

قوله (فإن لم يكن في يده) يعني بأن لم يكن (١٤٨) مستعملا بإجرائه ما عدا فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعى

قوله (فإن لم يكن في يده) يعني بأن لم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجرا له في هذا النهر بسوقه إلى أرضه ليستقيم بقية قضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصباح في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الماشي في دار غيره فحكم الاختلاف فيما انظر في الشرب (وإذا كان نهر بين قريتين واختصموا في الشرب كان الشرب بينهما على قدر أراضيهما) لأن المقصود الانتفاع بسقيهما فمتقددر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود الطريق وهو في إداره الواسعة والضيق على غلط واحد فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحصته فإن تراصرا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطحا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لأن اسق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور لقياس في المبسوط على أن مذ كره في الكتاب لو كان معصدا لدعوى الشرب مع جواز أنه كان معصدا لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجردة وله مع كونها باطلة قطعاً نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر لقياس مذ كوراً يضاهي المبسوط ومنقول عنه أيضاً في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالتجرف في حق المسلمين فإن ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جواباً عنه على وجه الاستحسان تأمل فقههم ثم أقول الوجه الأول من ذلك الوجهين لقياس في مسئلة نأخذها وإن كان مذ كوراً في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الإصالة في البعض لأنه منطوق فيه عندي لأنهم إن أرادوا بوليهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الأعلام أن الشرب مطلقاً مجهول جهالة لا تقبل الأعلام فهو ممنوع فإنه إذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلاً يصير الشرب هناك معلوماً نص عليه في الأصل فإنه قال في باب الشهادات في الشرب من الأصل وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحساناً لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوماً والشرب معلوم لأنهم شهدوا به بشرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم إلى هذا لفظ الأصل وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه إذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحساناً في مسئلة نأخذها صحة دعوى الشرب المعلوم فإن دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلاً نص عليه في الأصل أيضاً فإنه قال فيه وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدداً الأيام لا تقبل هذه الشهادة لأنهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لأنه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع وجهالة المشهود به تنفع من قبول الشهادة لأنه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فإن لم يكن في يده) قال في العنابة والنهاية يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه ما عدا فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الأول خلل إذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فإن لم يكن في يده هو المعنى الأول أي بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه ما عدا فيه يلزم أن بلغوا قوله ولم يكن جارياً لا يكون عدم الجريان حينئذ مندرجاً في مضمون قوله فإن لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جارياً مستندراً كالحضاض فالوجه هو المعنى الثاني وهو أن لم تكن أشجاره في طرفي النهر فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجر يان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى وقوله ولم يكن جارياً إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فإن لم يوجد شيئاً من العلامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق والحق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

البينة أن هذا النهر له أن كان يدعى رعية أنهر أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر بسوقه إلى أرضه ليستقيم أي أن كان يدعى الإجرء في هذا النهر فإذا أقامه ياتقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الأول أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فإن اثبات بالبينة العادلة كاثبات معاينة وقوله (حكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الأمور المسد كورة (تلييه) أي تقيمه الاختلاف في الشرب وقوله (لأن المقصود الانتفاع بسقيهم) فمتقددر بقدره معارض لأنهم قالوا قد استتروا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في السد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن إثبات اليد على الماء انحصاراً بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الأعلى (السكر لما فيه) أي في السكر من إبطال حق الباقيين ولكن يشرب بحصته يعني من غير يسكر (قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

وقوله (الأنه اذا تمكن من ذلك) يعني اذا اصطالحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر عما ينكبس به النهر كالطين وتحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أرباب خشب لكونه اضرا اربهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصالحوا على شئ يبدا أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا لان في السكر احداث شئ في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشر كاهو حتى أهل الاسفل ثابت ما لم يروا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل اسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا لانهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يملك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحي) (١٤٩)

تركيبه مداد الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها والسانية البعير يستقي من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا ليرفع وكل ذلك يحذنه من يتخذ في ملك مشترك الخبر والاجر موضوعا ليرفع وكل ذلك يحذنه من يتخذ في ملك مشترك قد لا يملك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفتاح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن قم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه) أى من قم النهر وهذا تقدير اتفاق والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت

الأنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر عما ينكبس به النهر من غير تراص لكونه اضرا اربهم وليس لاحدهم أن يسكرى منه نهر أو ينصب عليه رحي ماء الارضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعهما في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبداه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينفذ ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن قم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواء أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سرعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم بترك على قدمه اظهروا الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشراكة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرها منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشرى يكن في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضا دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزل في ذلك لما فيه من الضرر بالآخر

صاحب العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا باجر اعماه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الآلف والتشر الغير المرتب لانه قول مع

الالواح التي فيها الكوة في قم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر غير لوح ومعنى قوله يسفل كواء أى يجعلها أعنى مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزبلي أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوته أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزبلي أو جهه وأولى

وقوله (وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فإذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وأنت في حصتي مثل ففتحها كما أفليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما ما أكره لأن الانتفاع بالماء في التسعة الأولى مستدام وفي الثانية في بعض المددور بما يضر ذلك بصاحب السفلى وقوله (لانه عارة) لأن كل واحد منهما معارض صاحبه فصب من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما نراضيه عليه مبادلة فإن بيع الشرب بالشرب واجارته باطل وإذا كانت عارية فلا معيار يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وجهته لا يستلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن القصاص والدين والخمر تلك بالآثار وإن لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الإيضاء ببيع الشرب كما سذكره والحاصل أن الشرب بغير الأرض لا يملك بشئ من العقود وإذا صح في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل وإذا ما في الخلع صح الخلع وعلم أرد ما قبضت من المهر وإذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه إذا لم يكن عن قصاص (١٥٠)

وكذا اذا اراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ما لا يكره تقسمت الآن يتراضيه لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه عارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود المالية أو الغرر وأولاه ليس بحال مقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسقي في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق إنفا حاش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعده مونة بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الأصم أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعها ما ياذن صاحبها ثم يتظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف النفاذ إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك استنصر على تركه الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعه ما يفيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفائض إلى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو مخر شامه) أي ملاها (فقال من مائتي أرض رجلا ففسر قها أو نزل أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعدي فيه

أشار إلى وجود الاختلاف فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب إنهم من قال السيل في ذلك أن يقال للقومين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ويتظر بكم يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف

كون الثمن والشرب غير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل التنازل في الكلام لا يستقيم حينئذ كله أو في قولهما أول من سكن أشجاره في طرفي النهر فأنها لأحد الأحرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف أن انتفت إحدى العلامتين فعليه البيعة وأبى يصح فانه إذا انتفت أحدهما وجدت آخرهما لا يجب عليه البيعة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو إشارة إلى انتفاءهما معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود المالية أو الغرر وأولاه ليس بحال مقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض بانفاق الروايات ومفردا في رواية

رجه الله ما ذكر في الكتاب وقوله (أو مخرها) قال في الصحاح خرت الأرض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعدي فيه) يلوح إلى أنه إذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون إذا سقى أرضه سقيا يسقي مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل إن كان جاره تقدم إليه بالأحكام ضمن وإن لم يتقدم لم يضمن اعتبر أربا لحائط المائل والله تعالى أعلم

(قال المصنف حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيوع الفاسد من بيع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا في رواية وهو اختيار مسانج بل لانه خطأ من الماء ولهذا يضمن بالانتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالانتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد بالانتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لا يستلزم لانهم صرحوا بخلافه فلراجع شرح الكنتهالك وفي الكفاية هذا على رواية الأصل واختيار فخر الإسلام أنه يضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول نعلي هذا المناقضة فيه أصلا لبناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مدبراً لانتفاء ما على خلاف القياس

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب (١٥١) لمناسبته لاجناء الموات ومن محاسنه بيان

كتاب الاشربة

وهو اختيار مشايخ بل لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فتروعه بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غير مينا فاض قوله هناك ولهذا يضمن بالانلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلامه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له ثوبه ماء في يوم معين من الاسبوع فجاءه رجل فسقى أرضه في ثوبه هذا كرا الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وكذا في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أثلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أثلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء جعل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامه ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول جعل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامه ما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونهم اشبعوا عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصل والحرور الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة ببيان حرمتها الاذلية في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم أيضا الى العقل أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لا نفع في المخطور بأن يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك واما التدريج الضاري فلا يفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتفاء كما لا يخفى على أحد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب وأما في وجهه الثاني فلان نفرة الضاري بالخمر أي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أي وقت كان فانهم اذا لم يحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن يفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتماد بخيرت باعتماد على التفرد عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الاسلام مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهوره وشرف الاسلام ههنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك

حرمتها الاذلية في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم الى ذلك أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لا نفع في المخطور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك واما التدريج الضاري

كتاب الاشربة

(قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشبعوا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامه ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قوله الى ذلك) أقول الضمير في حرمتها راجع الى الاشربة وضمير باله الى ما في قوله ما يزيل العقل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذي يزيل العقل حل للامم السابقة مع احتياج الامم

السابقة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) أقول يعني هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك) أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكفاية عامامة لاول هذه الامة وآخرها

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب
اذغلي وانتدوقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور
في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلي) أما الخمر فالكلام فيها
في عشرة مواضع أحدها في بيان ما ثبتها وهي التي من ماء العنب اذا صار سكرًا وهذا عندنا وهو
المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل
مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة ولأنه مشتق من
خامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

فأرجه الوجه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل فلا حرم
الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاين الفساد في
الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع
شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أضيف إليها والاحال أن الاشربة
جميع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراماً أو حلالاً وفي استعمال
أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكراً لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي
حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود ولما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان
حكم البيوع وهذا زبدة ما ذكره في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال
بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أي بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تهمة بد
العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون به لان فيه بيان أحكام أنواعها كافي البيوع
أولاً إضافة الكتاب إلى الأعيان والفقهاء يبحثون عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو
الحكمة ههنا وصف بالأعيان لا بالأفعال فلذلك عنون بالأعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل
في كتب الأصول خصوصاً التلويح في أوائل القسم الثاني إلى هنا كلامه أقول ليس لتوجيهه
الذي ذكره لإضافة الكتاب إلى الأعيان معنى محصل لانه ان أراد أن الحكم وهو الحكمة ههنا وصف
للاعيان حقيقة لا بالأفعال فهو ممنوع ان قد تقرر في كتب الأصول سمي في التلويح في أوائل القسم
الثاني أن إضافة الحل والحكمة إلى الأعيان كحكمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير
من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال أو هو مبني على حذف المضاف أي حرم كل الميتة
وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما
عند بعضهم وان كانت إضافة الحل والحكمة إلى الأعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الآن كون
إضافتهما إلى الأفعال حقيقة مما لم ينكره أحد قط بل من يقول بكون إضافتهما إلى الأعيان حقيقة انما
يقبس إضافتهما إلى الأعيان على إضافتهما إلى الأفعال في كون حقيقة ويستمد بذلك في توجيهه مذهبه
فلا مجال للقول بأن الحكمة وصف للأعيان حقيقة لا بالأفعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحكمة
ههنا وصف للأعيان مجاز لا بالأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالأعيان لان كون الحكمة وصفاً للأعيان
مجاز لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالأعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بلا ريب
فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحثاً عن
أفعال المكلفين بلا كافة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال وبالجملة لتوجيه المذكور ليس تمام على
كل حال (قوله أحدها في بيان ما هيتهما) وقع في بعض النسخ ما ثبتها بدل ما هيتهما قال في غايه البيان
المائية بمعنى الماهية وهي ما به الشيء هو وكما عاية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة

(وهي هذا الكتاب بها) أي
بالاشربة (وهي جمع شراب)
اسم لما هو حرام منه عند
أهل الشرع لما فيه من
بيان حكمها قال (الاشربة
المحرمة أربعة الخ) الاشربة
اشربة أربعة الخمر
وهي عصير العنب اذا غلي
راشد والمراد بالاستعداد
والاحتية للاسكار وكلامه
واضح وقوله (وقال
بعض الناس) قيل
يريد به مالكا والشافعي
رحمهما الله

قال (المصنف سمي بها
وهي جمع شراب لما فيه
من بيان حكمها) أقول
أي بيان حكم أنواعها
ولعل ذلك تهمة بد العذر
لعنوانه الكتاب بصيغة
الجمع يعني انما عنون بها
لان فيه بيان أحكام
أنواعها كما في البيوع
أولاً إضافة الكتاب إلى
الأعيان والفقهاء يبحث
عن أفعال المكلفين
فوجهه حينئذ أن الحكم
وهو الحكمة ههنا وصف
للاعيان لا بالأفعال فلذلك
عنون بالأعيان ويعلم منه
حال الأفعال والتفصيل
في كتب الأصول خصوصاً
التلويح في أوائل القسم
الثاني (قال المصنف وهو
التي من ماء العنب) أقول
ذكر الضمير الرجوع إلى

الخمر باعتبار الخبر أولان الخمر قديد كبر صرح به في القاموس

وقوله (لما ياذكرناه) إشارة إلى النبي من ماء العنب وقوله (في غيره)

(105)

أى واشتهر فى غيرالى من ماء العنب

انا صارم مسكر غير لفظ
 الخمر كالمثلث والذلة
 والباذق والمنصف وقوله
 (ولان حرمة الخمر
 قطعية) يعنى أن حرمة
 الخمر ثابتة بالاجماع
 فتكون قطعية وما شر
 قطعى لا يثبت الا بقطعى
 وكون النجس من ماء العنب
 نجسا قطعى بلا خلاف
 فيثبت به بخلاف غيره فان
 فيه اختلاف بين العلماء
 رحمه الله وأدنى درجات
 الاختلاف ابرأ الشبهة
 فتكون الحرمة قطعية
 وما يدل علم الظنى

(قال المصنف ولان حرمة
الخمر قطعية وهي في غيره
ظنية) أقول هذا التعليل
ينبغي أن يكون لابي حنيفة
والافعهدهما اذا اشتد
ولم يصدق بالزبد هو خمر
مع أنها ظنية لثبوت
الاختلاف المورث للشبهة
فينتقض تعليلها لوعلاؤه
به فليتأمل (قوله وأدنى
درجات الاختلاف ايراث
الشبهة فتكون الحرمة
قطعية) أقول لا يقول
الخصم بقطعية حرمة
غير التي أأبى أنهم
لا يكفرون مستحله فلا
يتوجه عليهم الالتزام وهذا
كالربا فان حرمة قطعية
وحرمة بيع الحفن بالحفن
متفاضلا مثالا لست

والله اعلم باسم خاص باطباقي أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره وغيره ولأن حرمة الخمر
قطعية وهي في غير هاتين
مذنبتهما إمام لطيف الماني قوله وهي التي من ماء العنب تبصر تقف (قوله ولنا أنه اسم خاص
باطباقي أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول لما منع أن يمنع اطلاق أهل اللغة على أنه اسم خاص للى من ماء
العنب إذا صار مسكرا لا يرى أنه قائل في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم
أصح لأنهم أحرم وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم اسم الالبس والتمر انتهى وهذا صريح في أن
الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولأن
حرمة الخمر قطعية وهي في غير هاتين) قال صاحب غاية البيان بيانه أن اللى المسكر من ماء العنب
خمر قطعاً وبقيته الثبوت ذلك بالإجماع فيرتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا
شبهة لأن فيها اختلاف بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثانية
قطعا على ما فيه شبهة لأن بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خال فإنه جعل
فيه مدار كون الحرمة في غير اللى المسكر من ماء العنب ظنية باختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرا وليس
سديده إذا المصنف بصدديان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير اللى المسكر من ماء العنب لا
سمى خمرا ولو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافا فهم في تسميته خمر الزم المصادرة على المطلوب فكانه
الخمير هي التي من ماء العنب إذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لأن حرمة الخمر
ظنية وحرمة غير اللى من ماء العنب ظنية لا ناخلفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا أن اسم الخمر مخصوص
اللى من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمة قطعية
في هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع
تكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الإبهام وكون اللى من ماء العنب خمر اقطعي بلا خلاف فيثبت به
الاختلاف غيره فإن فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية
أي لا عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضا خلل أما أولا فلما أمرنا بما من استلزامه المصادرة على المطلوب
الظاهر من قوله فإن فيه اختلاف بين العلماء في مقابلة قوله وكون اللى من ماء العنب خمر اقطعي بلا
لاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير اللى من ماء العنب اختلاف فهم في كونه خمر افيؤل الى
كر في غاية البيان وأما ثانيا فلأن قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليه اظني كلام غير صحيح
تباطا مقابلة لأن مدلول ما قبله أن غير اللى من ماء العنب ما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه
لزم منه أن تكون حرمة ظنية فإن أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير اللى من ماء
العنب قطعية لم يكن التفرع صحيحا نظعا وإن أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها
أدلاش أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني أن حرمة الخمر ثابتة
بإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الإبهام فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكرناه
ربعة وصاحب الكفاية حيث قال لا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا الى عين تثبت الحرمة في
العين قطعا وغير اللى ليس بتلك المثابة لمكان الاستدلال فيه انتهى فانهم لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد
بسميته خمر احيى يلزم المصادرة على المطلوب بل أراد به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف
بعد سميت قال في العصور إذا طج حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الاوزاعي
بإباحة وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله أنه مباح وقال في نقيع الزبيب
بيان أنه حرام إذا اشتد وغلى ويتأق فيه خلاف الاوزاعي ثم إن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل
كرو من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير اللى لا يرى أنهم لا يكفرون مستحله

(۲۰ - تکمیل نامی)

بِطَبِيبَةٍ (قَوْلُهُ وَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِمُ الْإِطْنَى) أَقُولُ الْإِطْنَى لِلْإِطْمَالِ

وقوله (وانما سمي) يعني غير النجس (خمر الخمره) أي لصيرورته مراً كالخمر للخامره جواب عن قولهم سمي خمر الخامره به العقل ولأن سماناته مشتق منها لكن (١٥٤) لا ينافي اختصاصه بالنجس من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصاً

وانما سمي خمر الخمره للخامره به العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه فان الخمر مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للخمر المعروف لاسلك ما ظهر وهذا كثير التظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الا لزام وهذا كالم با فان حرمة قطعية وحرمة بيع الحنفن بالحنف متفاضلة لا يستلزم بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النجس من ماء العنب لا ينافي توجه الا لزام عليهم بل بذلك يتوجه الا لزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سمي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كراهة الكسر ثم رجسا والرجس ما عوجز العيون وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعي جزمنا فإذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النجس من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النجس خمر إذا لاشك أن قطعية الحرمة وعدم قطعية البيع مجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الا لزام في قولهم إن كل مسكر خمر وتظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالي آخره لا يجدي شيئاً لأن عالمه الرباعندنا الكليل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطم في المطعومات والغنية في الأثمان ففي بيع الحنفنة بالحنفنة متفاضلة لا لا يوجد الرباعندنا لعدم وجود علمته فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علمته فيحرم فكون حرمة الربا بقطعية يصير حجة على الشافعي هناك أيضاً لمثل ما قلناه هنا فلا فائدة في التظير أصلاً (قوله وانما سمي خمر الخمره بالخامره به العقل) قال بعض الفضلاء أولئك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا نسلم أولاً أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمر الخمره أي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النجس من ماء العنب فلم يكن غيره خمر أو يشير إليه نفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قال أي لتشدده وقوته فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولأنه سلم أن ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسماً لكل مسكر بقوله ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه إذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم إن صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النجس من ماء العنب خمر الخمره أي لصيرورته مراً كالخمر للخامره به العقل عن قولهم سمي خمر الخامره به العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلاً إذ حيث لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه ولعمري إن هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشراح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النجس على السهو ومن فلم الناصح الاول ولا قوله بالخمر في قوله أي لصيرورته مراً كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النجس من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النجس من ماء العنب خمر الخمره أي لغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر الخامره به العقل أي ليست التسمية للخامره به العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النجس من ماء العنب أيضاً فيكون خمر الخمره حيث لا ينظم الارتباط بالسباق والحق كالأخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف الخمره أي لصيرورته خمر أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد إلى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان الخمر مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للخمر المعروف

فان الخمر مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكذا ضرورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بناتبة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحداً قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماماً حافظاً متقناً حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير النجس خمر الخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حيث لا يرتبط الجواب للجواب عنه لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من المخامرة فكل ما يوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمر الخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان الخمر مشتق من

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو الاطلاق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خيرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاستدلال

لا يخل ما ظهر) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثر يا انتهى وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا بجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثر يا بالوضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لأنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثر يا لان معنى الظهور انما هو لفظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا بجنس الكوكب لافي مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثر يا فان كونه علما انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا بالملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كاسمه مما الاستدلال به عند من له دراية بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الآن مراده بالنجم المعروف بجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور ومطابقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا أسكر كثيره كان حكمة في الاسكار حكم الجرم في الحرمة وثبوت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بنام لان قوله عليه السلام انجر من هاتين الشجرتين بفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قرش على ما تقر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيراهما الى الكرم والخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذ لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غيراه ووطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيبي في الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قتله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبرة صاحب النكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا أنها باجبالها لاتفاقها بل تساعدنا حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لبيان الحقيقة واقتضى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاستدلال) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم ثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاها ثبوت هذا الاسم بمجرد الاستدلال بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول ناشترط القذف بالزبد فليل مدعاها بثبوت هذا الاسم بالاستدلال تهليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاستدلال يشعر بكون حرمة الجرم مسؤولة وهذا يناقض ما شرح به فيما بعد من أن عينه احرام غير معلول بالسكرو ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح النكافي قول المصنف هذا وما هو اظهر في المناقاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاستدلال وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصدع عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثاني) يريد به الحمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا أسكر كثيره كان حكمة في الاسكار حكم الحمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو الاطلاق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لالبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أي بالاستدلال لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوي يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحديث يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة عينها (كفر) من المنكروا أن كان قليلاً لحرمة السكر منه (لأنه بجود الكتاب) يعني قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر إلى قوله تعالى فهل أنتم متهمون وقد ذكرنا ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمه وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها

ولابي حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه أذبه يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعة فتناط بانتهاء كالحد والكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال إن السكر منها حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدع عن ذكر الله وهذا كفر لأنه بجود الكتاب فإنه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الإجماع ولأن قليلاً يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا ازداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر الأطعمة ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليقه لتعديه الاسم والتعليل في الأحكام لافي الأسماء

مع ملولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدع عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولابي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه أذبه يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعة فتناط بانتهاء كالحد والكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لفائل أن يقول الكلام في هذا الموضوع في حديث ثبوت اسم الخمر لافي حديث ترتيب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتيب الأحكام الشرعية عليه بكما لها فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا في حديث ثبوت اسم الخمر في الشرع لافي حديث ثبوته في اللغة فقط فإذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن السكر لازم الاسكار ومطأوعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدي إلى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يحدى شيئاً فقهياً ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها عينها غير معولة بشئ مما أصلاً لا أنهم غير معولة بالسكر ولا كنهم معولة بشئ آخر كالاسكار لأن ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى أنما يترتب على ادعاء كونهم معولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونهم معولة بالسكر فقط وإنما قال غير معلول بالسكر لكون الزايف في كلام المنكر هذه العبارة تبصرت فهم (قوله والشافعي يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا لما كانت حرمتها عينها لا يصح التعليل لأن التعليل حينئذ يكون محالاً للنص انتهى أقول لفائل أن يقول إن كان تعليلها وتعديتها إلى غير هاتين الحريتين عينها يلزم من تعليلها وتعديتها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضاً فإنه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الأمة أيضاً على ما مر من

أن لم يبلغ أحد التواتر فالقدر المشترك منهم متواتر كتحباسة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعني دعاء القليل إلى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب إلا واذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لأنه خلاف السنة المشهورة) يعني ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها عينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعديه اسمها إلى غيرها

(قال المصنف ولابي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالثي من ماء العنب إذا صار مسكراً تعريفه بالاعم عند أبي حنيفة ويقال المطاق ينصرف إلى الكامل وكما

الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالسكر عنده هو الكامل في الاسكار يفهم ذلك من تقرير دليله (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار) أقول وفي شرح حديث أن الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعي يعديه إليها) أقول أنت الضمير الرابع إلى سائر لا كنسابه التائت من المضاف إليه (قال المصنف والتعليل في الأحكام لافي الأسماء) أقول فإن قيل الشافعي أيضاً يعدى الحكم كما اعترف به المصنف أنه فاخواجه هذا الكلام قائماً أنما يعدى الحكم بواسطة تعديه الأسماء فليتنامل

والرابع أنهم نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر
مستحلهما لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها او غاصبها
ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوى يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ما لثمتها والاصح أنه مال لان الدباغ قبيح اليها وتضمن
بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاد ثمن خمر لا يتحمل له أن يأخذها ولا المديون أن يؤديه لانه ثمن يبيع
باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كفي بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فإنه
يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها
لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحسد شاربها
وان لم يسكر منها القول عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فانقلوه الا أن حكم القتل قد انتسخ فبقى الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضى الله عنهم
وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد
ثبوتها الا لأنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

وقوله (حتى لا يضمن
متلفها) لا يدل على
اباحة اتلافها وقد
اختلفوا فيه اقليل بياح
وقيل لا يباح الا لغرض
صحيح بان كانت عند شرب
خفيف عليه الشرب وأما
اذا كانت عند صالح
فلا يباح لانه يخلها وقوله
(والسابع حرمة الانتفاع
بها) يريد التداوى
بالاحتقان وسقي الدواب
والاقتطار في الاحليل
وقوله (الا أن حكم القتل
قد انتسخ) يعني بقوله صلى
الله عليه وسلم لا يحل دم
امرئ مسلم الا بحدى
معان ثلاث الحديث

قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الأدلة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها
الى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها بانه تلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها بانه
بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لان
مسدول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها
ثم أقول الحق عندي ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لان قليها ليس عكرا فيلزم أن لا يكون
تعليلها حراما على مقتضى التعديل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل
بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالحامضة ونحوها فالظاهر أنه
لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالخامرة فعدي حكمها الى غيرها من المسكرات حتى
أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فنأين يلزمه
المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنهم نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية
على ما بينا) أقول فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر أنفاسا هو حرمتها
فان استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فامعنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة
موضعار ابعاصحوا عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فامعنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد
من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة على كونهما نجسة فانه مما هار جساو الربح حسن هو
القدر على مانص عليه في عامة كتب اللغة الا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بينا فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول
والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى
لا يضمن متلفها او غاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوى يشعر بعزتها)
أقول لقائل أن يقول هذا التعديل ينافي بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه
عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقين وبكرة ببيع العذرة
وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشا به العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ
ولنا أنه منتفع به لانه باقى في الاراضى لاستكثار البيع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة
انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعديل

بماء النجس ومن يسكر خمر
يجب عليه اخذ ثم قال
ويجب أن لا ينجس عليه
الماء لانه ليس بشربة
ذات النجاسة بل هو الذي من
ماء العنب وهذا ليس بشيء
وقوله (والمصنف) قبل
يجوز أن يكون منصوبا
عاطفا على قوله الباذق
أي يسمى العصير المذهب
أقل من ثلثيه الباذق
ويسمى المصنف أيضا لانه
قال الاشربة المحرمة أربعة
وهي الخمر والعصير المذهب
أقل من ثلثيه ونقيع
التمر ونقيع الزبيب فلو
كان الباذق غير المصنف
لكانت الاشربة المحرمة
خمسة ويجوز أن يكون
مرفوعا لانه نوع من
الذاهب أقل من ثلثيه
لانه أعم من أن يكون
منصفا أو غيره والاول
أوجه معنى وهذا أوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا

(قوله لكنت الاشربة
المحرمة خمسة) أقول
كيف تكون خمسة وكل
منها من أقسام المسمى
بالطلاء (قوله لانه أعم
من أن يكون منصفا
أو غيره) أقول فيندفع
لزوم كونها خمسة (قوله
لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا) أقول فيه بحث
فان المسمى بالباذق غير

على ما قاله الان المذهب القليل في التي خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبع
خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر وأما العصير اذا طبخ حتى
يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمصنف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الأوزاعي انه مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذم مطرب ولهذا يجتمع عليه
النساق فيحرم شرعا بدفعنا لفساد المعتقد به

بالسرقين أظهر مما مر اتفاقا قد بر (قوله وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى
طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الهمزة والفتح ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة
فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو
تعريب باذ وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منها بشيء أقول
فيما ذكر في الفائق نظرا لان الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بشيء قطعا
والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لاحالة ولهذا قال المصنف وأما العصير اذا
طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذ بمعنى الخمر اللهم إلا أن يكون
ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو الحق عندنا من
كونها اسما خاصا للذي من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمصنف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية
البيان قوله والمصنف يجوز أن يكون بالنصب وهو الوجه عطف على قوله الباذق أي يسمى العصير
الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المصنف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسر في شرح الجامع
الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمصنف وأيضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على أربعة وهي الخمر والعصير
الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المصنف غير الباذق الذي هو المطبوخ والذاهب
أقل من ثلثيه لكنت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المصنف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل
من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما
والمصنف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا
أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا ففضلنا عن أن يكون
أوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير بالعصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما
الباذق والآخر المصنف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمصنف متحد في المعنى وهو العصير المطبوخ
أدنى طبخة مع أن تحصر بالمصنف يشافي ذلك أما أولا فلانه فسر المصنف بقوله وهو ما ذهب نصفه
بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ
فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى
أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المصنف والمصنف مرفوع
لا غير فهو محطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصير المطبوخ والذاهب
أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المصنف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما
حديث ان المصنف لو كان غير الباذق لكنت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى
طرف التمام لان الاربعة التي حصرها الاشربة المحرمة فيها التماسي أصول الاشربة المحرمة وأقسامها
الاولية والباذق والمصنف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحدهما تلك الاصول والاقسام الاولية
وهو الطلاء العام الباذق والمصنف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أرى الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل أراد به التويج معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وعلى وبتأني فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية

لفظ الاندلو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والنصف حرم فوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لاندلو كان منصوبا بالفعال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو والعاطفة في قوله والنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوف على البادق تغني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا بالفعال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أرى الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى أن ينقع الرطب لاحتالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جمهور الشراح دفعوا ذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجي وانتهى أقول فيما قاله جمهور الشراح أيضا فانظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عندنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكره اشارة الى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلا نله لو كان مقصود المصنف بآرداف الحرام بالسكر والاشارة الى ما ذكره لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفي بآردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا نالمصنف سيصرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التويج) معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وترزقوا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والاية محمولة على الابتداء بان الاية مكينة وتحرر الخمر ووقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الاية قبل تحرر الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ محال بوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجي عقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكره اشارة الى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكينة وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المسرا دبالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التويج ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيب على ملد مطرب الخ

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المختصر السكر بفتحين عصير الرطب اذا اشتد وفي الطبابة السكر بفتح السين والكاف هو الذي من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر يعني الرطب فيه أيضا

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمته الامتلاء) كما إذا ألتف المسلم خرا الذي على ما عرف أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام وأورد رواية (١٦٠) الجامع الصغير وهي قوله ماسوى ذلك من الاشربة أى ماسوى

المذكور وهو الخمر والسكر ولا يجب الخد بشرب حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغلبة في أخرى ونجاسة الخمر غلبة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لما فيه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الجمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثليها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان
الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من الاشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من
الحنطة والشعير والعلل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحسد شربه عنده وإن سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبخ والربما وعن محمد أنه حرام ويحسد شربه
وبدع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فأنى أكرهه ثم رجع إلى قول أبي حنيفة) وقوله
الاول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام إلا أنه تفرد به هذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشد ومعنى
قوله ولا يفسد لا يجهض ووجهه أن بقاء هذه المسدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة مكان أنه حرمة ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الخد الذي
ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما ذكره أن شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة ولم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد أذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمة ولما أجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول أن اجماع الامة سيما اجماع الصحابة
دليل قطعي يكفر صاحبه فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحليها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل اجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد نسل ذلك
الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نفسه اليها كما تقرر هذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القليل ويكون هذا باعنا على وقوع الاجتهاد في خلافه
(قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر) أقول فيه نظرا ما أولا فلانهم صرحوا بأن معنى تقوم المال بأحة الانتفاع به شرعا رسيحي والتصرح به عن قريب بأن هذه
الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور تقوم فيها وأما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب
العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في
الحكم بحرمة هذه الاشربة اذهى أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة) أقول في التعليل بحثا لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم انتفاع به ألا يرى
أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقي في الاراضى لاستكثار الربيع ولهذا يجوز بيعه كما صرح في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد
مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب قد بدر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليه أن حق هذه الرواية أن تذكر

المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله (وقال فيه) يعني في الجامع الصغير
(قال المصنف ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول المراد بالجوزا ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة (قال المصنف وما شهدت دلالة قطعية) أقول فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف غير أن عنده يجب قيمته الامتلاء) أقول لا يقال ينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع لا نأقول البيع يجوز مع الكراهة فلو أوجبنا المثل لما كان
مأمورا بآتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام وهذا لا يجوز ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضا تأمل قال العلامة الكاكي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل حتى لو أعطى يخرج عن العهدة إلا أنه مكروه انتهى وفيه بحث الآن يؤول يجب بمعنى ينبغي (قوله ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام) أقول

فينبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل لهو
ترتب الثمرات المطلوبة كافي البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طسرب وهو هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في
المثلث الغني ونذكره إن شاء الله تعالى قال (ولابأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني
ابن عمر رضى الله عنه شربة ما كدت أهتدى إلى منزلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك
على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لحالات المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الذي منه
وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والربط والبسر محمول على حالة
الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والذرة والشعير حلال وإن لم
يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله إذا كان من غيرهما وطرب لقوله عليه السلام الخمر من
هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ
فيه لا باحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان وهل يحد
في المختار من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد

قال (ولابأس بالخليطين)
الخليطان ماء التمر والزبيب
إذا خلطا فطبخا بعد ذلك
أدنى طبخة وبتركه إلى أن
يغلي ويشهد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الضرر
لجودته وقوله (محمول على
الشدة وكان ذلك في الابتداء)
يعني أن النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في
الابتداء في وقت كان بين
المسلمين ضيق وشدة في أمر
الطعام ثم لا يجمع بين
الطعامين ويترك جاره جاعا
بل يأكل أحدهما ويؤثر
بالآخر على جاره ثم لاوسع
الله على عباده النعم أباح
الجمع بين التمتين وقوله
(قيل لا يحد) هو قول
الفقيه أبي جعفر رجه الله

قيل قوله ولا ينفع بها وجه من الوجوه لأنهم من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينفع
بها إلى آخره مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد
أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدى إلى أهلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال
ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان
يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين
أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا
يدركه بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القليل
فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما أن
قول ابن زياد ما كدت أهتدى إلى أهلي يشهد بأسكارا لشربه التي سقاها ابن عمر أياها والسكر من
كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما
ما أشار إليه ناج الشرية بقوله وإنما قال ما كدت أهتدى إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير
فيه لاحقية السكران ذلك لا يصلح انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد
تلك الشرربة فأنه لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر على كمال زهده وفقهه على أن يسقيه إياها وأما تأثيرها
في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الاسكار فليس له حدم قد راذ هو مختلف باختلاف
الطبائع والأوقات والشارب أن يحتزر عنه مهما أمكن فان وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة
فأنما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الكتاب لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منظور فيه لأن مجرد أن لا يدعوا
قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لا باحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط
الطبخ فيه لا باحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل إلى
الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والظاهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال
فيها وفي رواية لا يشترط لأن حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ
مما هو أصل للخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والجنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من
هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه
الاشربة ليعتبر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المختار من الحبوب
إذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مر هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل
حيث قال وهو نوص على أن ما يتخذ من الخنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا الان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الابان اذا استدقروا على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمال لا يحد عند أبي حنيفة اعتبارا بالحمة اذ هو متولد منه قالوا والاصح أنه يحد لان كراعة الحمة ما في باحته من قطع مادة الجهاد أولا احترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثه بقاء وبقي ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصده النية أو اما اذا قصده التلبيح لا يحد بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروي عنه عليه السلام ما أسكر الخمر منه فالخمر حرام منه حرام

شاربه عنده وان سكر فالعرض له امره أخرى يشبهه السكر اذ فعل المقصود بالذات هي ناذ كقوله قالوا والاصح أنه يحد وما قبله له توطئة له نيم بجه أن يقال لو ذكر أيضا عندنا قوله قالوا والاصح أنه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلمة (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشربة ليست بمنزلة الخمر فلا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الاشارة الى ما ذكرنا السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقوله بالبيع ولبن الرمال انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا ونقل ما ذكره ثانيا بقبول ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جاريا على ما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما صرح حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر ما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بالخلاف فعلم انه لا تأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما صرح من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء عجا جدا فضلا عن أن يكون مذكورا هنا فاني يتيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان آخره صاحب العناية في الذكرا لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا لا يخلو عن ركاكة اذا الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكرانه هل يحد في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمصنف الآن يصدد التفريع على ذلك فتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح أنه يحد على قوله ما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح أنه يحد أن يقال فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل فان محمد انما خافه ما في أصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحد المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلي فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما ههنا فيقول بحد ذلك كما تقدم اتفاقا لا يكون المروي عن محمد حجة في حقه ما وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا الان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية وبسوط شيخ الاسلام الاسباب في الاصح أنه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك)

وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره قيل ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشربة ليست بمنزلة الخمر فلا يحد مما هو أصل الخمر وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقوله بالبيع ولبن الرمال وباقى كلامه واضح وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أي مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله من ذلك كور في النوادر ولنا أي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما أي لابي حنيفة وأبي يوسف (قوله وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقوله بالبيع ولبن الرمال) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلمكان قوله من قبل وأما معنى فان عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا كالخمر ولهما قول عليه السلام حرمت الخمر
لعينها وروى بعينها قليلا وكثيرا والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
إذا العطف للمغايرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله
وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد أن سرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة
بين قول محمد بحرمة منه وبين قوله بكراهيته فينا في ما تقرر في أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه
حرام عند محمد ولكن بحرمة طنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ
الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هنا فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهية
عنه مما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما او ظنية في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال
للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حمله لان قطعية حرمة
الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلاثة المحرمة
عند أئمتنا أجمع وعندهامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر
مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهاد الاباحية فيها
انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر فحققت أن الحرمة المروية عن محمد في حق
المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة
بينها وبين الكراهية على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد أن كل
مكروه كراهية الخمر حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف
فان المكروه كراهية الخمر ليس بحرام أصلا عند هؤلاء ما بل الى الحرام أقرب وأما المكروه كراهية
التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز
أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه انه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغايرة
لحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله وله ما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت
الخمر لعينها وروى بعينها قليلا وكثيرا والسكر من كل شراب) قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى
انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصمد عن ذكر
الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بل بشرب القليل ولو خليا وظاهر الآية
لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهرا لآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع
فمما عدهم فبق على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدهم الخمر من الاشربة
المحرمة الثلاثة فان قليلا أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع
أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلا كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم
في غير الخمر اذا العطف للمغايرة) أقول انما ظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر
التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباعدا خلة على المتصور كافي قواهم ختمت فلا نبالا ذكر
على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد مدعاها ما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن
فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاها ما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا
حل الاشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على
السكر في غير الخمر من منظور لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ليس مسكرا على انفراد
بل بما تقدم فيبقى ان
يحرم ما تقدم ايضا أحب
بن الحكم يضاف الى العلة
معنى وحكم وفيه تدرلان
الاضافة الى العلة اسما
ومعنى وحكم أولى والمجموع
بهذه السفة والاولى ان
يقال الحرام هو المسكر
واطلاقه على ما تقدم مجاز
وعلى القدح الاخير حقيقة
وهو مراد فلا يكون المجاز
مرادا

(قوله والاولى ان يقال
الحرام هو المسكر واطلاقه
على ما تقدم مجاز) أقول
اطلاقه على ما تقدم على
القدح الاخير مجاز بلا شبهة
وأما اطلاقه على المجموع
من القدح الاخير وما تقدمه
فليس بمجاز والكلام نفسه
(قوله وعلى القدح الاخير
حقيقة وهو مراد فلا
يكون المجاز مرادا) أقول
ويقرب مما ذكره الشارح
ما قاله الامام الترمذى في
شرح الجامع الصغير
لا يقال القدح الاخير مسكر
بما تقدمه لان المسكر
ما يتصل به السكر وهو
كالتخم من الطعام فان
الحرم هو المتخم انتهى قال
التفتازانى في التلويح
ذهب المحققون الى أن الجزء
الاول يصير بمنزلة العدم
في حق ثبوت الحكم ويصير
الحكم مضافا الى الجزء
الاخير كالمن الاخير في انقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى

ولان المقدح هو القدح المسكر وهو سكرام عندنا

الذهب فليقتل (وقوله ولان المقدح هو القدح المسكر وهو سكرام عندنا) فان قيل القدح الاخير
انما يتصل به مسكرا بما تقدمه لا بغيره فينبغي أن يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر يشرب
القدح لا خيرا ضيف اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعتراض صاحب
الغنية على الجواب المذكور حيث قال فيه تدرلان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكم أولى والمجموع
بهذه السفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع به هذه السفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه
السفة فليس يصح اذ لا يمتنع أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعد اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة
اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يترسخ عنه كما
عرف كانه في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك
أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه السفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا غنا اذ لا ننكر حرمة
مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح
المسكر بانفراد نعم في الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء
الاخير وحده والظاهر في بانئى الراى هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو
المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازانى قال في التلويح في
مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم
ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في انقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى
وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا أى كما أنه علة معنى وحكما فينتظم امر اضافة الحكم اليه
وحده بلا غبار ثم قال صاحب الغنية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى
القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فضلا عن أن
يكون أولى اذ ليس الكلام ذهبا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفقد التثبت
بربحان الحقيقة على المجاز شبهة بل انما الكلام هنا في أن المفسد لا عقل هو القدح المسكر أى المزبل
للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح
المزبل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد
السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في
ازالة العقل فينبغي أن يحرم ايضا لم يقدح أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح
الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يشي ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله
صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومجمله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر
حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يراد على صاحب الغنية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على
ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة
وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا ايضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح
الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع
مشمول على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة
فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب
مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث
هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على
القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تأمل تقف

رقوله (واغما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المنسحق هو الآخر بدون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قوايسم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا وهذا واضح وجبه الجواب عن الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقته واطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لاختلافه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الأول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا نبوته فهو محمول على القدح الأخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) أي إذا كرهه لاختلاف وقع فيه فإن منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعتقو بيالان أبي يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم

من سماه بخنجا وجيدا فان لابه منسوب إلى رجل اسمه حميد وهل يشترط لباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله فيه واختار المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا لاطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهب معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لأنهما لما ذهب معا كان الذائب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا احتمل ذهاب الماء أولا لاطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء أولا كان الذائب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذائب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله

واغما يحرم القليل منه لانه يدور لرقته واطافته إلى الكثير فأعطى حكمه والمثلث لاطفته لا يدور وهو في نفسه غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الأخير وهو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لأن صب الماء لا يزيد الاضعافا بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أولا لاطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذائب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله) واغما يحرم القليل من الخمر لانه يدور لرقته واطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معاملة وقد صرح فيما صرح بأن الخمر عنه حرام غير معلول عندنا بشئ لأن تعمله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والمسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال واغما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزيل والزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره فتبصر (قوله) والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضته ما رواه لهما انتهى أقول توجيهه ليس بشئ لأن دلالة الحديثين الأخيرين الذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره اغماهي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك اغماهي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد تقررت في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص واقتضائه عند المعارض فان أراد ذلك القائل بمعارضته ما رواه لهما المعارضة الموجهة للتسايط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصحح وإن أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين الذين رواهما الخصم فليس يفتيد بل يحل كما لا يخفى (قوله) لأن الماء يذهب أولا لاطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذائب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مسددها هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقوله هم أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذائب ثلثي ماء العنب لا تقييد المنفي فالمعنى أن

(يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

(قال المصنف والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضته ما رواه لهما (قوله) وقوله فلا يكون الذائب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كأن كذا الذي هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون المكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكمه العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالانقياد في الدنيا والعلم الا بما في الدنيا وهو القرع والخنتم وهو حرار حر أو خفسر يحصل فيه الخمر الى المدينة الى احد تحتية والمرقت وهو الخرف المصلي يرفق وهو الفير والتمير وهو الخنتم المذكور في المتن قوله صلى الله عليه وسلم ثم يتكلم عن ثبوت عن زيادة القبول وهو ما قد ثبت في زيادة قهر آمنة ولا فائدة ولا حرج او عن علم الانساج ان تمسكه فوق ثلاثة أيام فامسكه او ما يند انكم وترؤدوا (١٠٠٦) فاشاءتم بكم ليتسع بكم معكم على ميسركم وعن النبي في الدنيا والخنتم

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحصل حتى يذهب ثلثاه من التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخنة فعصر العنب لا بد أن يذهب ثلثاه في غير جانب العنب احتياطاً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لافلتا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طخنة ثم أُنقع فيه تمر أو زبيب أن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ التليذ من مثله ولا بأس به وان كان يتخذ التليذ من مثله لم يحصل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقع والماء تغلب جهة الحرمة ولا حد في شربها لان التحريم لا احتياط وهو الذي درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحصل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانقياد في الدنيا والخنتم والمرقت والتغير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فان شربوا في كل طرف وان الطرف لا يحصل شيئاً ولا يجرمه ولا تشرى المكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النبي عنه فكان ناسخاً له وانما يتبدق به بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يظهر عند شربه التشرى فيجوز فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويحفف في كل مرة وهي مسألة ما لا يعصر بالعصر وقيل عن أبي يوسف ثلاثاً مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء عفا غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خللاً في نفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحصل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاشي فيه فولا واحداً وان كان بغير القاشي فيه وله في الخل الحاصل به قولان لم أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التناول والاسر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الا دام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خل كم خسل خمركم ولان التخليل يزول الوصف المفسد وثبتت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والا صلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ

ذهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهاب ما القطعي لم يثبت لان عدم ذهاب ما قطعي فلما لم يثبت ذهاب ما على القطع والبتات بل احتمال أن يكون الذاهب أقل منه ما بأن يذهب الماء أولاً والطاقته قلنا بجرمة شرب ذلك العصير احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالاشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القصد بالثمن وبين تعلقه بالثمن في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحصل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفي فيه ما بأدنى طخنة وقد صرح بذلك القدروري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخنة حلال وان اشتهد انتهي أقول وقول القدروري بعده ولا بأس بالخلطين أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخنة حلال وان اشتهد ان لقائل أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الخل في الثاني

الخل هو تناول الخمر والمخلل للاحالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجباً فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للصالح والصالح للصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ

(قال المصنف لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخنة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما دعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول التماسحين وتسبع الآخرة الاولين

وقوله (والاقتراب لاعداد الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقساما من الخمر على وجه التمول ووجهه لان سلم أنه على وجه التمول بل المنظور اليه اعداد الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالاقتبال أولى لمافيه من احراز مال يصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الامكان فان قيل فما صنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين

(١٦١)

سأله أبو طحانة عن تخليل خمر أيتام عنده وباروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أحيب عن الاول بان ذلك في ابتداء الخمر بمقه الهام أن يحوموا حول الخمر كالحرم الانتباه في الاوعية المسدودة مع تصريحه ثانيا بان الطرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كرامى فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمررون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك فسر اتخاذ بالاستعمال دردى الخمر وغيرها ما بقي في أسفلها ومعناه يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتناع لانه تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليق

والاقترب لاعداد الفساد فاشبه الاراقة والتخليل أولى لمافيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيجوز من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يظهر ما يوزن من الاناء فأما علاءه والذي نقص منه الخمر قيل يظهر تبعا وقيل لا يظهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيمتخلل من ساعته فيظهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يظهر في الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب دردى الخمر والامتناع به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالخمر حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو ديرة أو بقاء ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيما للعداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يقيم الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لاعداده لما قلنا قال (ولا يحسد شربه) أي شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحسد لانه شرب جزأ من الخمر ولأننا قلنا لا يدعى كثير لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الاثربة ولا حديق الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصارت كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقتراها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقعة لا تؤكل انتجس بها لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ ويكره أكل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه فصل في طبخ العصير والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دواقر من عصير بلخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دواقر ويبقى الثلث فيحل

الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القسدي في الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم رككة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب وهو من نفس المصنف أو من النسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبد في التعليل قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب عري ما قال في المختصر انه يكفي فيه ما بدأ في طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقفي أثره العيني قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاثربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو البيد ويحل شربه مادام حلوا أو ما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر أخطه بالاثربة تعليمه لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل

المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة (ولا يحسد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر أخطه بالاثربة تعليمه لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا للشراب وهو عجمي

قوله (وان كانا ذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمدا علم ان العصور على نوعين منه ما لوصب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولاً ومنه ما اذا صب فيه الماء ذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء اولاً وقوله حتى يبقى ثلث العصور وان كانا ذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء اولاً وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخنا في معانيه ان يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء اولاً وقوله يجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة جملة لا يكون الماسة والعصور ثلثة والكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء اولاً فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصور لا غير وهو ثلثة أسهم فيطبخ حتى يذهب

لان الذي يذهب زبداهو العصور وما يمازجه وأما ما كان جعل كان العصور تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة دوارق وأصل آخر ان العصور اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان المذهب الاول هو الماء والثاني العصور فلا بد من ذهاب ثلثي العصور وان كانا ذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيجوز لانه ذهب الثلثان ماء وعصيراً والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصور بانغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصور وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والخلي بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرماً ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار وأصل آخر ان العصور اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير يطبخ حتى ذهب رطل ثم أهرق منه ثلثة أرطال تأخذ ثلث العصور كاه وهو ثلثة وثلاث وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وثلاث تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعمائة فعرفت ان الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعمائة وعلى هذا تخرج المسائل ما لم يذهب ثلثاه من عشرين كيفية طبخ العصور الى ان يذهب ثلثاه (قوله لان الذي يذهب زبداهو العصور أو ما يمازجه وأما ما كان جعل كان العصور تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شيء وهو ان وجه جعل العصور تسعة دوارق على تقدير ان يكون المذهب زبداهو العصور غير طاهر اذا لا يكون حيث تفرق بين المذهب زبداهو من عشرة دوارق وبين الباقي منه في كونها عصاراً اذا جاز اعتبار بعض منها وهو المذهب زبداهو في حكم العصور بل الأمر بوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضاً في حكم العصور عند ذهابه بالطبخ والظاهر في تعميل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبداهو جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصار فصار كالوصب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويقص من ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلاً عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصير تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتقف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد بعصير يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصور وهي تسعة

ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب من العصور معاً (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالثلثان ثلثا العصور وثلثا الماء والباقي ثلث العصور وثلث الماء فيبقى وما لوصب الماء في العصور بعد ما صار مثلاً سواء وقوله (يحل) لانه اثر النار مثله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلثه أو أخماسه وبقي منه تسعة ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلاً بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لوصار مثلاً والنار تحتها سواء هذا بخلاف ما اذا برد سئل ان يصير مثلاً ثم غلي استند حتى ذهب بالثلثان شيء فانه لا يحل لان

الثلث لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرماً وقوله (بيانه عشرة أرطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه ولها تسعمائة) وهذا لان الرطل المذهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل المذهب بالثلثان يقسم على ما بقي أنساعاً فاذا انصب منه ثلثة أرطال فهذا في المعنى تسعة أرطال فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أنساع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعمائة رطل

فجعل جعل كان لم يكن لانه ما بقي العصور لا غير (أقول قوله لانه أي لان الشأن وللفظة ما في قوله ما بقي موصولة

وقوله (ولها طريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغلبان من الحرام لانه انما يطبخ ليسذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فإذا أريد ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منه ما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا رطلان وتسع رطل ولورمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسع الاحتياجل الى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريد ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع رطل

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة (١٦٩) والصيد مما يورث السرور والا أنه قدم

الاشربة لحرمها واعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها بحاسن المكاسب وسمي بمختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ لم يجعل آخر وخسة في المكاب أن يكون معلما

ولها طريق آخر وفيما اكتفيناه بكفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل
 قال الصيد الاصطيد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفيناه بكفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل) قلت فيه ايها لطيف الكتابية المسمى أحدهم ما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور والنشاط في الآدمي الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظرا أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والاذا ذكر فيه كل أشربة بمباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا بذكر قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجهه ما حتى وقع لاجل الخلاف من بعض العلماء في حمله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة بجميع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المسائعات فمأعنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فيبين كلامه في المتأمن تناقولا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد وهو الاصطيد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطيد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

(٣٣ - تكمله ثامن) وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا أو لا يابأ كل منه وخسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بمجانحه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بأبوابه أو بجملته وأن يموت بهذا

كتاب الصيد

مما في فصل جنابة الصيد من كتاب الحجج تعريفاً للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما أن منها حلالا وحراما كذلك من الصيد وما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشرب شبعنا عرق واحد يكفي في وجهه تفديعها على الصيد لانه لم يدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحسة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل إلى ذبحه كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب لا غير على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم كذا واشتغل بعمل (١٧٠) آخر لكن أدركه حيًا مذبحه وكذا إذا لم يعت به هذا الصك

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

أخذنا الخطب ثم برأيه ما يصاد بمجازا إطلاقا قال اسم المصدر على المفعول وهو الممتع المتوحش عن الأذى بأصل الخلقة ما كولا كذا أو غيره أكرل كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرط خمسة في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الإرسال وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الإرسال والاختصاص بعمل وخمسة في الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الإرسال وأن لا يشاركه في الاختصاص لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقويا بأن يسهل أو تحمله وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجمعة أحياء أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى وذكر في هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن الخلاصة وذكر صاحب العناية أيضا وقال كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى أقول لاستدراك فيه لأن الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فإنه لا يحل أكله حينئذ كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب لا غير على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم كذا واشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيًا مذبحه وكذا إذا لم يعت به هذا الصك فإنه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصيد حيًا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبحا بالذبح الاضطرابي وما أدركه حيًا فمذبحه لا يكون صيدا محضًا بل يصير للحق باسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول انظر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد لا كل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيقول معنى قوله شرط الاصطياد إلى شرط حل الصيد فإن عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالى بمثل هذا خلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم ثم قصده ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيده قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليقتل انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وتولي بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم إلى غاية فاقضى الإباحة فيما رواه ذلك الغاية كذا

ذبحه فإنه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى وإذا حلتم فاصطادوا فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فإنه يدل على الحل إذا زال الإحرام

(قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول واللا يكون صيدا محضا والكلام في حله (قوله وفيه تسامح) لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب (أقول) فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيده قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليقتل (قوله وكذا إذا لم يعت به هذا) أقول ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) أقول مادام لم يوقت فعل بعبدة ثبوت مصدر خبرها التامع ذلك المصدر فأتت في قولك

وقوله

اجلس مادام زيد قائما أي بوقت جلوس المخاطب عبدة ثبوت قيام أبي زيد وما التي في مادام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضی

وفيه تدرج لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولذا كرمكانه أحل لكم صيد البحر كن أنيب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم اعدى بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعاً وقوله (ولانه نوع اكتاب والا ككتاب مباح كاحتطاب) استدلال بالمعقول

﴿فصل في الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جمادى والفاضل تقدم على المفضل قال (ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم الخ) ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم (١٧١) والقهة والمعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح

المعلمة وهذا بعمره يتناول

الاسد والذئب والذب

والخنزير امكن الخنزير لكونه

نجس العين لا يجوز الانتفاع

به وكان ذلك معلوماً لكل

أحد فلم يستثنه والبقية

ان امكن من تعليمها جاز

الاصطيد بهم الكهـم قالوا

لا يمكن تعليم الاسد والذب

لان من عاداتهما أنهم ما اذا

أمسك صيده الا بالآلة كانه في

الحال والتعلم انما يتحقق

بترك الاكل فلا يعلم أنه ترك

عادة أو تعلمها ولان التعليم

لان يملك للغير والاسد لعلم

همته لا يفعل ذلك والذب

لخساسته ولهذا استثناهما

أبو يوسف رحمه الله وألحق

بعضهم الحدأة بالذب لغنى

الخساسة وانما أورد رواية

الجامع الصغير لقوله ولاخير

فيمارس وي ذلك أي فيما

سوى المعلمة من ذى الناب

والخيل فان رواية القدوري

رحمه الله تدل على الاثبات

لاغير ورواية الجامع الصغير

تدل على الاثبات والنفي

جميعاً

(قوله وفيه نظره لانه

ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرك اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسكك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره وعلى اباحته انعتد الاجماع ولانه نوع اكتاب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاه المكاف وتكليفه من اقامة التكليف فكان مباحاً بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجوز به الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطيد بالرمي ﴿فصل في الجوارح﴾ قال (ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم والقهة والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذئ مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك الآن تدرك كانه)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظره لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لانسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح يصدد بيان الخاص لدفع المعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

﴿فصل في الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جمادى وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضل كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذئ مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك الآن تدرك كانه) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لاغير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعاً انتهى أقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذئ كفي الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري أيضاً تدل على اثبات جواز الاصطيد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لاغير اللهم الا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لاغير وان ذات بمفهومها على النفي أيضاً وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات والنفي معاً لكن لا يظهر حينئذ في إيراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت اباحته الاصطيد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذب والنص اذا خص منه البعض يصير ظناً فيمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظره لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالقتل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظناً بل يكون قطعياً لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار إليه

استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة المحرم المعلومة من قوله لاغير المحرم ويثبت جوازه لاغير المحرم بالاباحة الأصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعاً انتهى وفيه بحث اذ الكلام في حل المفضل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الأصلية لم يحتج الى الدليل وذلك لان الاصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطرار على خلاف الاصل

﴿فصل في الجوارح﴾ (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والأصل في ذلك) أي في جواز الاصطدام بالمد كورقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى أحصل لكم الطيبات أي أحصل لكم الطيبات وصدا علمت وفيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وهما قد دل أن قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقدار ناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون (١٧٣) وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلاهما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى

والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواكب قال في تأويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي

المصنف بقوله فيما بعد والخزير مستثنى لأنه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الأسد والذئب فليس بأد خلين رأسا في النص المذكور لأنهم صرحوا بأن الأسد والذئب لا يصلحان للتعليم لأنهما لا يعملان للغير فلم يدخل تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا ينبغي أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولا فإذا لم يدخل في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منهما منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعدد ظنية إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنية إذا كان المخرج موصولا بذلك وأما إذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطابق على مثل هذا الأخراج في عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المذكور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر (قوله والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين) وذلك لأنه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحصل لكم الطيبات أي أحصل لكم الطيبات وصدا علمت من الجوارح خذف المضاف كذا في الكافي والشمس ورح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وهما قد دل أن قوله تعالى قل أحصل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقدار ناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الأول فلأن اشتراط المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ريب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراط في حكم الإحلال ضرورة وقول الأصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلأن لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقدار ناله أحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخل تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلاهما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى أقول في تفرع قوله فالجمل عليه أولى خالي لأن الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الأول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا ينبغي أن تعين معنى الآية أو ربحان أحد محتمل الاستوقف على تمام الاستدلال به بل الأمر بالعكس فإما معنى تفرع قوله فالجمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواكب قال في تأويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي)

والجوارح الكواكب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والثور والعقاب والصقور والبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين أخرجوا السبات وأنما قال في تأويل لأنه في تأويل آخر هي التي تخرج من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه إشارة إلى نفي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطدام إلا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم

(قوله لأنه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لأنه معطوف على الطيبات (قوله وصدا علمت) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلاهما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول ليس ذلك من القرآن في النظم لأن

قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان في حكم الإحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فإن قيل ما الحاجة إلى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد قلنا فيتناول الجوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعبر كل سبع بمقور ذي ناب فليست أمي (قال المصنف دل عليه ما رويناه من حديث عدي) أقول لكن لا دلالة فيه على عموم الجوارح الطيور بخلاف الآية

وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم سلط عليه كاب من كلابك فاقرسه
الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله في تناول الكل بعومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألفه عادة) قيل
فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والتمرافه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمتعمد هو الاول وليس بوارد
لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا (١٧٣) أريد الفرق عموما فالمتعمد هو الاول

(قوله قيل فيه نظر) أقول
القائل صاحب النهاية
وصاحب الكفاية وصاحب
معراج الدراية (قوله وليس
بوارد لانه انما ذكره فرقا بين
البازي والكلب) أقول لا يخفى
عليك ما في ذكره من البعد
والركاكة فان كلا الدالين
لأنبات الفرق بين الكلب
والبازي واذا علم الكلب في
الاول اسما وذوات الناب ففي
الثاني يكون كذلك ولعل
الاولى أن يجاب بأنه لما
كانت ذوات الناب كلها جنسا
واحدا وكان أكثر ما يستعمل
منها في الصيد ألوف فمع أن
في طبع غيره آلاف أيضا
على ما تراه في الذئب والاسد
وغيرهما اذ اربى من صغره
في البيت بخلاف جوارح
الطيور وجعل الكل في حكم
واحد في التعليم يعني أدير
حكم التعليم على جنس
الكلب تبسيرا كما في نظائره
فليتأمل (قال المصنف ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب)
أقول يعني لا يمكن تعليمه
بترك الاكل بالضرب حالة
الاكل وجنته لا تحتمل
الضرب فاما جملة الكلب
فجنته (قال المصنف

رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى
من ذلك الاسد والكلب لان غيرهما الاسد له لومة ته والكلب لخساسته وألحق بهما
بعضهم الحد أدل لخساسته وانحرز برسمته لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد
من التعليم لان ما تلونان من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة
بالتعليم ليكون عاملا فيترسل بارساله ويسكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل
ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويحبب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله
عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل فيضرب ليتركه ولان آية
التعليم ترك ما هو مألفه عادة والبازي متوحش متنفرد فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب
فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط تركه
الاكل ثلاثا وهذا عندهما ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلهذا تركه
مرة أو مرتين شيعة فاذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار
وابلاء العذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعوم حديث عدي بن حاتم أقول لا صحة
لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل
آخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجي في الكتاب وأيضا عوم حديث عدي لا ينافي التأويل الآخر
وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا فامعني الاستدلال بعومه
على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما رويناه من حديث عدي انما
هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالعني دل على تناول الكل ما رويناه
من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في
كلام المصنف وهو أن المدعي جواز الاصطفاة بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذو مخالب من الطير
فالمراد بالتناول في قوله في تناول الكل بعومه انما هو تناول لكل ما في المدعي ولا يخفى أن حديث عدي
لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل
المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونان من النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما
رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم
وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعي ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس
بظاهر وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم الخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية
كما عرفت (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألفه عادة والبازي متوحش متنفرد فكانت الاجابة آية
تعليمه وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب)

فيضرب ليتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصورة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألفه عادة فلا بد من ملاحظة
الدليل الثاني في انما الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لم يأكل اذ يعلم منه أن ترك الاكل
شرط في حمل أكل الصيد فلا تنس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ دلالة نية على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى
على المتأمل والاعلم في الطير

زئله (وفي بعض قصص
الاخبار) قيل أراد به حكاية
موسى مع الخضر عليه ما
السلامة والسلام حيث
قال في الكرة الثالثة هذا
فسراق بيني وبينك وقوله
(كأهو أصله في جندها)
أي أصل أبي خنفة رحمه
الله في جنس المقادير نحو
جنس الغريم وحدث النقاد
رتقير ما غلب في نزح ماه
البئر المعنوية وقوله (وله
أنه آية تعليمه عنده) أي
أن تركه إلا كل علامة تعليمه
عند الثالث لأنه انما يحكم
بكونه معلما بطريق تعيين
امساك الثالث على صاحبه
واذا حكمنا أنه يسكنه على
صاحبه وقد أخذ به بعد
ارسال صاحبه فيحمل وقوله
(فظاهر الرواية) يريد رواية
الزيادات فانه قال لو قتل
الكب أو البازي الصيد
من غير جرح لا يحمل وأشار
في الاصل الى أنه يحمل
والفتوى على ظاهر الرواية
قال المصنف كافي مدة
الخيار) أقول لا ينهض
هذا على مذهبهما

كافي مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكلب كثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكسيرة وأثناء الثلاث فقد ربحها وعند أبي خنفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهاد ابن نصاب وسماعا
ولا سمع فيترض الى رأي المبتلى به كأهو أصله في جندها وعلى الرواية الاولى عنده يحمل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحمل لأنه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صيد كب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد
جارية معلمة بخلاف تلك المثلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
(واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذ كراسم الله تعالى عنده رباله فأخذ الصيد وجره فقات حل
أكله) لما روي عن حميد بن عدي رضى الله عنه ولان الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيم ما بالارسال فنزل منزلة الرمي واصرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسيا حل أيضا على ما بينا وحرمة متروكة التسمية عامدة في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانفساب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأق في الفهم والتفرقة متوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعرّاج
الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهم
والتمرفانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره
فرق بين الكلب والبازي لا تغيير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول
ما قاله عن ذر بارد وتوجه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كذا كره المصنف فيما مر
انما والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههنا هو العنبي العام لكل سبع لا الكلب المخصوص ولا يلزم
أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق
عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كذا في عامة المعبريات حتى المبسوط ثم ان بعض
الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت
ذوات الناب كأه اجنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوف فمع أن في طبع غيره الاف
أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذ اربى من صفرة في البيت بخلاف جوارح الطير جعل
الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب بتسيرا كافي نظائره فليتأمل
اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقر بأن الفهد والتمر مما لا يتأق فيه الاف بل هما متوحشان
كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من
باب التيسير بل يكون من باب التيسير والتشديد بل يلزم اذ ذاك أن يحمل المتوحش على الالوف وهو
غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعبريات أن شمس
الأمم السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الأمم الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه وعدمها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك
فقد ظهر منه أن يحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي
والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن
مجرد احتمال بدن الكلب للضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (في تأويل) يعني غير ما أولناه أولا وهو وقوله والجوارح الكسب واسب في دليل وذلك ما يدل على حقيقته بناء
ومخالفه فيحمل على الجارح الكسب يعني يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التناقض بينهما وذلك لأن الأصل أن النص إذا أورد
وفيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناقض فيحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وإن لم يكن بينهما تناقض يثبت الجمع أخصا
بالمتيقن كافي وقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مرادان أنه
لاتناقض ههنا وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب (١٧٥) والجرح الذي تحصل به الجراحة

أو يكون حقيقة في أحدهما
بجواز في الآخر والمشتراك
لا عموم له والجمع بين الحقيقة
والمجاز عندنا لا يجوز
بخلاف قوله تعالى ما خلق
الله في أرحامهن فانه لفظ
عام يتناول الجميع بالتواطؤ
وقوله (وفيه) أي في
الجارح الكسب أخذ
بالبقيين وقوله (رجوعا
إلى التأويل الأول) يعني
ما سبق من الكسب
وقوله (وجوابه ما قلنا)
يعني قوله لا منافاة بينهما
وفيه أخذ بالقيمين

(قوله وفيه نظر) أقول
سبق إلى هذا النظر نظر
الاتقاني (قوله والجرح التي)
أقول الظاهر أن يقال
والجرح الذي (قوله والجمع
بين الحقيقة والمجاز
لا يجوز عندنا الخ) أقول
ويمكن أن يجاب عن هذا
النظر بحمل قوله على
الجارح الكسب على المجاز
إما على طريقة ذكر السبب
وارادة السبب فيكون

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشترط الجرح أذهب من الجرح بمعنى الجراحة
في تأويل فيحمل على الجارح الكسب بناءه ومخالفه ولا تناقض فيه أخذ بالقيمين وعن أبي يوسف أنه
لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول وجوابه ما قلنا قال (فأما كل منه الكلاب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل
منه البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
(قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشترط الجرح أذهب من الجرح بمعنى
الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكسب بناءه ومخالفه ولا تناقض فيه أخذ بالقيمين) وذلك لأن
النص إذا أورد فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناقض يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجمع
وإن لم يكن بينهما تناقض يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كافي وقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله
في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مرادان أنه لا تناقض ههنا
لاتناقض بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم
المشتراك في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث
قال وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون
حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر والمشتراك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز
بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ إلى هنا كلامه أقول
يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحتمل على الجارح الكسب بناءه ومخالفه أنه يجمع في الاعتبار
والعمل بين كلاً على النص المذكور من التأويلين لعدم التناقض بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ هو جدي
المجموع كل واحد منهما فأى منهم ما يراد في النظم الشريف كان مأخوذاً في الاعتبار والعمل وليس مراده أن
كلا التأويلين يرادان معاً بل هو النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الإثبات أو الجمع بين الحقيقة
والمجاز وصاحب العناية لم يعمه أن مراده هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح
الكسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار
والعمل بين التأويلين كما ثبت عليه آنفاً وقال صاحب معراج الدراية ههنا فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة
والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل
الجوارح أخص من الكسب فلا بد أن المراد بالكسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه
ليس بسديد لأن كون الجوارح أخص من الكسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال إذ لا شك
أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم ولا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان
ولاريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا
الابتنان الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً
على تقدير إرادتهم ما معانٍ لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه

المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة القبيحة فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا
المعنيين فيستعار الثاني للأول ثم يشترط منه الفعل ولا يخفى عليه ذلك أو لوجه الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لأنطواء الأول
على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معني المشترك في هذه الصورة كما جوز في النفي على ما سيجيء
في الوصايا وعمل هنالك بعدم المناقاة أيضاً (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً لا حجة أخرى لعدم وفائه
بتمام المدعى

وقوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمهم الله في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) يعني حديث عدي رضي الله عنه
فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني (١٧٦) رضي الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان أكل

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيد اولم يأكل
منها ثم أكل من صيده لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير مع ما على
اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيد التي أخذها من قبل فإكل منها لا يظهر الحرمة
فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرر بأن كان في المفارقة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
وما هو محرر في بيته يحرم عنده خلافهما

هنا كما كنه لان ضمير عوف في قوله وهو مؤيدان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره
يرد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلا فإنه انما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه
الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي وإفادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهم ما معاوان كان
راجعا الى مضمون قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما روينا
من حديث عدي أن يذكر عقب قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله
وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيننا في دلالة التعليم كان الكلام قاطعا كما لا يخفى (قوله
وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة
الخشني رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل
واضح لهما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم
أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث
عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول يرد على
هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحة كل ما لم يأكل منه الكلب
ولا يدل على عدم اباحة كل ما أكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف
في علم الأصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى
يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم
المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه أيضا لان من يقول بكون
المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندى
في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح
على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحمل ما أكل منه الكلب وسد حديث عدي يحرمه وقد عرف في
أسرار الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعلنا محالة فوجب العمل بحديث عدي دون
حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير مع ما على اختلاف الروايات كما بيناها في
الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول تفسير مراد المصنف
بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ
روايتين لا غير رواية عند أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عند أبي يوسف ومحمد وهي عدم
حل ذلك وقد قال المصنف هنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون
مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله هنا على اختلاف الروايات
كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما صرح بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما و
رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة حينئذ يتحقق الروايات وتنظم صيغة الجمع كما

منه وذلك دليل واضح
لهم ما أجيب بأنه خبر
واحد لا يعارض قوله
تعالى فكلوا مما أمسكن
عليكم فان الامساك عليهم
أن لا يأكل منه وحين
أكل منه دل على أنه أمسك
على نفسه يؤيده قوله عليه
السلام في حديث عدي
فان أكل منه فلا تأكل لانه
انما أمسك على نفسه
وقوله (على اختلاف
الروايات كما بيناها ابتداء)
أراد ما ذكر أنه يحمل عنده
ما اصطاده ثالثا الخ وقوله
(وأما الصيد التي أخذها
من قبل) واضح وحاصل
ذلك في المحرر الذي لم يؤكل
أن أباحه بحكم كونه
مستندا

(قوله أجيب بأنه خبر
واحد لا يعارض قوله تعالى
فكلوا مما أمسكن عليكم
فان الامساك الخ) أقول
فيه بحث فانه لدلالة في
الآية على النهي عن
الأكل على تقدير انتفاء
الامساك ومفهوم
المخالفة غير معتبر فإن
المعارض والمنطوق أقوى
عند المعتبرين للمفهوم
لا يتحقق المعارضة
أيضا (قوله أراد ما ذكر
أنه يحمل عنده ما اصطاده
ثالثا الخ) أقول فيه

مثل الظاهر أن المراد بوث التعليم عنده عند غلبة ظن الصائدين أنه يعلم وفي رواية أخرى موافقا لمذهب مالك وبه يترك
لا كل ثلاث مرات

وهما بقولان بالافتقار على ما كل لان ما حرزه المالك حكم باباخته باجتهاد وقد حصل (١٧٧) المقصود به وهو الاضرار فلا ينقض

باجتهاد آخر مثله بعده
والجواب ما قال وتبطل
الاجتهاد قبيل حصول
المقصود ولان المقصود هو
الاكل ومثل ذلك ينقض
باجتهاد آخر كبطل اجتهاد
القاضي قبل القضاء وما
قال أبو حنيفة أقرب الى
الاحتياط وعليه مبنى الحل
والحرمة ولم يذ كر ما ذاباع
شيئا من صيوده المقدرة
والحكم فيه كالذي فيه
الخلاف اذا تصادق البائع
والمشتري على جهالة الكلب
وقوله (ولو أن صقرا فر من
صاحبه فكث حيناً ثم
صاد) يعني بعد ما رجع
الى صاحبه لم يؤكل وأما
قبل الرجوع اليه فلا شبهة
في حرمة ما صاده لانتفاء
الارسال ومسئلة الوثبة في
الكتاب معلومة وطوب
بالفرق بين ما وثب فأخذ
من صاحبه وأكل وبين
ما كل بعد ما قتل فان
الصيد كما خرج عن الصيدية
بأخذ صاحبه جاز أن
يخرج أيضاً بقتله وأجيب
بأنه اذا لم يتعرض بالاكل
حتى أخذه صاحبه دل أنه
كان ممسكاً على صاحبه
وانتهاسه منه ومن لحم آخر
في مخلاة صاحبه سواء وأما
اذا كل قبل الاخذ فقد
كان ممسكاً على نفسه

أما بقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير الحرز لانه
ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاضرار خرمنا احتياطاً وله أنه آية جهله من
الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان تركه الاكل لا شبع لا للعلم وتبطل الاجتهاد
قبيل حصول المقصود لانه بالا كل فصار كبطل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه
فكث حيناً ثم صاد لايؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب اذا كل من الصيد
(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها
اليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيداً فصار كما اذا ألقى اليه طعاماً غيره وكذا اذا وثب الكلب
فأخذه منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط تركه الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شأنه بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهم من الصيد
فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقطعه ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث
أكل من الصيد (ولو ألقى ما نهمه واتبع الصيد فقطعه ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر به تلك البضعة
فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا كل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاضطراب فكان جاهلاً بمسك نفسه ولان
نهم البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطيد اذ يصفه بقطع القطعة منه فيدركه فلا كل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا ينبغي (قوله هما بقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر
مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ههنا دليلاً تاماً لما فيه دليل عليه أنه لو تم لدل
على أن لا تثبت الحرمة عندهما قيمياً كان غير محرز في المفازة أيضاً لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضاً مع
أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه
منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط تركه الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شأنه) قال صاحب
العناية وطوبى بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما كل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج
عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضاً بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه
صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا كل قبل
الاخذ كان ممسكاً على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها انقض
ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما كل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل
متش في صورة القتل أيضاً اذا الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضاً بقتله فلم يتحقق
الاكل من الصيد في صورتين معاً مع انهما ممتزجان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق
بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليه أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة
المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير بحيث قال
فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا كل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل
وفي هذه الصورة وهي ما كل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما كل
من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقا في الحكم والوجه فيه هو أن الفرق انما يشأ بينهما من حيث
وجود الامسالك لصاحبه وعدم الامسالك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه
صاحبه قد تم امسالكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

(قال المصنف لان الحرمة
لاتنسى) أقول فيه بحث

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يلزم ان يكون ميتا من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه ميتة أو خفية وان ذبح قبل حصول الصيد حيا وجب عليه الخ (١٧٨) اذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصارت رأى الماء ولم يتدر على حصول المقصود بالبدل

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذبحه وان تركه تذكيره حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) لانه قد رعى الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يتدر على الاصل فصارت رأى الماء ولم يتدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يتدر حقيقة فقد راعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لانه ميت حكما لا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بـمذبح أي ليس بمحل للذبح فلم

تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الأكلة لم يؤكل لانه مفطر وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يتدر على الاصل ولم يفطر فكان حلالا لو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكمه لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاته الاضطراب فان قيل وضعم المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبح بمنزلة عدم لكون الصيد ميتا في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما

صيدا فبطل حكم ذكاته الاضطراب وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه أمسه لثمنه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذکور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجه آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين نيتك المسئلةين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحمره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم للتوحش غير محمر فبقدر زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاسرا قبل أن يحمره المالك فبقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذبحه وان تركه تذكيره حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا تناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجي في باب الرمي مفصلا لا يري الى قوله هنالك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فبات وان أدركه حيا ذكاه

تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الأكلة لم يؤكل لانه مفطر وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يتدر على الاصل ولم يفطر فكان حلالا لو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكمه لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاته الاضطراب فان قيل وضعم المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبح بمنزلة عدم لكون الصيد ميتا في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما

(قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبح لا ما هو متلها أو دونها ولا لا يجب الذكاة كما يجي

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه وحل لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هـ) إذا قوله ما أماعند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المستردية) أي اعتبار ايه (هـ) الذي ذكرنا انه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج ما فيه (إذا ترك الذكاة فاما إذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى) أي شق (الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) إذا ذبح حل عنده (١٧٩) وعليه الفتوى لقوله تعالى

الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل (وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فاما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبح فان كان كذلك حل أكله والا فلا) لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه) اشارة الى قسوله لانه ميت حكمي وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت

فيما أخذ هذه الصائد وهما أدركه ولم يأخذه وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا قوله (واذا أرسل كتابه المعلم على صيد) يعني صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعني ما دام في وجهه ارساله وقوله (ولأنه) أي شرط التعيين

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه وحل لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قوله ما أماعند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المستردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك الذكاة فلو أن ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبح يحل والا فلا لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لان السيد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه ان كان فيه حياة مستقرة فالدكاة وقعت وموقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا أرسل كتابه المعلم على صيد وأخذه غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه أخذ به غير ارسال اذا لم يختص بالشارية ولنا أنه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذا لا يقدر على الوفاء به اذا لم يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وهي مرة واحدة حالة ارسال فلو قتل الكل يحل به هذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه وهذا شرط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أجمع احداهما فوق الاخرى وذبحهما معا مرة واحدة فتحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهذا فكم حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة الى بيان ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبح يحل والا فلا لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كل ما عايناه في اضطراب المذبح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا يعتبر به هذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمرهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل كل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبح لا فوق ما بقي في المذبح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما بقي في المذبح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه

(شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد) والجيع بالنسبة الى هذا المقصود سواء كان قبل قد يكون مقصوده صيدا معينا أوجب بأنه متعذر اذا لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تسترط عند ارسال الرمي وقوله (وهذا شرط التسمية عنده) أي عند ارسال

وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصاً) أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام
الحلال وهما ثلاثة فصول أحدهما الشتر فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما شتر كانه في
الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة (١٨٠) لان جهة الحل أرجح لان المعلم تغرد بالجرح والثالث ما لم يشتر كافي

لأن مكنته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الا رسال (وكذا الكلب اذا اعتاده وولواخذ
الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكل جميعاً) لان الارسال قائم لم ينقطع
وهو بمنزلة ما لورى سهماً الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول جثم عليه طويلاً من النهار
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الارسال بكنهه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما
كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقته
فانه يؤكل) وهذا اذ لم يكت زماناً طويلاً للاستراحة وانما مكث ساعة لا تكفي لما ينشأ في الكلب
(ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر
الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضواً فقتله لا بأس
بأكله لانه جراحة باطنية فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينهض سبباً لانهاار الدم
ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبهه التخنيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر
اسم الله عليه ويديه عدالم يؤكل) لما رويناه في حديث عدي رضي الله عنه ولأنه اجتمع المبيع
والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصاً واحتياطاً (ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح
الاول يكره أكله) لوجود المشاركة في الاخذ وفقد هافي الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى
بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي
الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرد الكلب الثاني على الاول لكننه أشد على الاول حتى اشتد على
الصيد فأخذه وقته لا بأس بأكله) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً
فكان تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبعية بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصتربعاً
فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر
الاغرام بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه وأمثله كافي نسخ
الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسل مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل)
لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته
كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا معتزلة المجوسى

شيء لكن الثاني أشد أي
جمل على الاول حتى
اشتد على الصيد وفيه
الاباحة لان الثاني لم
يشارك الاول في شيء من
الصيد وانما أثر في الكلب
المرسل دون الصيد فكان
فعله تبعاً لفعل الاول لانه
بناء عليه فلا يضاف الاخذ
الى التبعية قال (واذا
أرسل المسلم الخ) الاصل
في هذا أن الفعل يرفع
بالاقتوى والمساوى دون
الادنى فاذا أرسل المسلم
كلبه وزجره أي أغراه
المجوسى حل أكله لعدم
اعتبار الزجر عند الارسال
لكون الزجر دون لبنائه
عليه وفوقه بالمحرم اذا
زجر كلب حلال فانه يجب
عليه الجزاء وأجيب بأن
الجزاء في المحرم بدلالة النص
فانه أوجب عليه الجزاء
بما هو دونه وهو الدلالة
فوجب بالزجر بطريق
الاولى (واذا أرسل مجوسى
فزجره مسلم فانزجر لم
يؤكل كذلك ولهذا) أي
ولان الزجر دون الارسال
(لم يثبت به) أي بالزجر
(شبهة الحرمة) يعني في
الصورة الاولى مع أن
الحرمة أسرع ثبوتاً للقلبة

تدبر نفهم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كافي نسخ الآي والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفي المشاركة في اثبات
الحرمة أو شبهها انتهى أقول ليس هذا واراد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبعية لا يعد مشاركة
للاصل في ترتيب الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر
في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ
الى التبعية انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية تجرد المشاركة في اثبات الحرمة
أو شبهها بل لابد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساوياً له حتى يرفع به السابق
واما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث
قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

(وان)

الحرمة على الحل دائماً فأولى أن لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة
أو شبهها (قوله وفوقه بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانفلات) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لان ان كان دونه) يعني ان الزجر جازان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستوى بافصل الزجر ناسخا وهو متأخر فيجوز العمل ناسخا وقوله (وقد) أي جرحه بجراحة أثنته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الانخان الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الانخان ملحق

(١٨١)

بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوه وقوله (يجرح النكاب الاول) يعني أنه لا يوثق لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا يجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

(وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستوى بافصل ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسعى فأدركه فضربه ووقضه ثم ضربه بفتقه أو كل وكذا اذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر كل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم بفعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقه أحدهما وقتله الآخر كل) لما بيننا (والملك الاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الآن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية فيجرح الكلب الاول

فصل في الرمي (ومن سمع حسافته حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يوثق لانه لان الارسال فيه ليس للاباحة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي (ومن سمع حسافته حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) ظاهرا متلافا تبين أن المسموع حسه آدمي أو بقرا أو شاة لم يحل الطهي المصاب مثلا في قوله سم جميعا لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمي الى آدمي عالم به فأصاب صيدا فإنه لا يوثق كل (وان

في العناية ووقض بالحرم اذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذکور بل يقويه فإنه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على الحرم اذا زجر كلب حلال عند ارسله تقرر أن ينقض به الاصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لتكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذکور أن الاصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على الحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذکور المبني على القياس نفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مشله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الاتي فالوجه ههنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المصنف اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستوى بافصل ناسخا عنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان ما كول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزير لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (ملا يوثق كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو والآدمي سواء

فصل في الرمي (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل فصله

(وجهه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كول) وما هو كذلك فالآ كول وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياد الذي الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصايد بشرط قبوله بالإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً ما إذا قلنا أن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلدته تثبت أن فعله وقع اصطياداً وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالحل ليس بخارج عنه ذلك وإذا وقع اصطياداً كان كانه رمي إلى صيد فأصاب غيره وقوله (وإن تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفاً وقوله (لأن الفعل ليس باصطياد) إذا لا يصطياد بآرة عن تفصيل متوحش وعلى هذا قال الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلة أي بمنزلة الآدمي لما يئس أن الفعل ليس باصطياد ثم أجازهم لتوحش المقصود برميته يعتبر فيه الأصل وعلى هذا يخرج المسئلان المذكوران في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيه ما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد ومن شرطه أن يكون حل أكاه (١٨٣)

وجهه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كول فوقع الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى الحل فتثبت بقدر ما يقبله لما وجد أو قد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطياداً صار كانه رمي إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد) لأن الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة لما يئس) (ولورمى إلى طائر فأصاب صيداً رعى الطائر ولا يدري وحشياً هو أو غير وحشياً حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولورمى إلى بعير فأصاب صيداً ولا يدري ناذ هو أم لا لا يحل الصيد) لأن الأصل فيه الاستئناس (ولورمى إلى سمكة أو جراد فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف) لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيه ما (ولورمى فأصاب السموع حسه وقد ظنه آدمياً فإذا هو صيد يحل) لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً فإن قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حساظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورعى الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصايد والقياس ما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

وقد صرحه تقديم الأول (قوله والظبي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد إذا تظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي إذا لمنااسبة بين الإنسان والحيوان بخلاف الحيوانات فإن قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالأدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة الآدمي لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة الآدمي لا يكون صيداً بل الاشتراك في بعض الأحوال أيضاً فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أي الظبي

أنه لما حل المصايد مع اقتران ظنه بأنه آدمي فبما إذا اقترن ظنه بأنه صيداً أولى وأولاه لم يقع فعله اصطياداً نظر إلى قصده فلا يحل المصايد ههنا وحل هناك إذ لا يجب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً أو بنباهة أن في المسئلة الأولى أصاب سهمه غير السموع حسه والسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد تنظراً إلى فعله الذي توجه للسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياداً وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكاه لعدم فعل الاصطياد وأما ههنا فافهمه أصاب عين السموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعاً على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك الخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن غير واقع على كل المصايد لوجود فعل الاصطياد وقوله (على ما يئس) يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ

(قوله والظبي الموثق أي المشدود بمنزلة أي بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الأولى أي بمنزلة الأهلي (قوله نظر إلى فعله الذي توجه إلى السموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً

وقوله (فتحامل) التحامل في المشي ان يتكافه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله (حتى أصابه ميتاً كل) قيل اذا وجدته وفيه جراحة سهمه لا غير وأما اذا وجدته وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما ينبغي دلالة ظهور لموته شيئاً أحدهما بوجوب الحل والآخر بوجوب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والختم حتى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالوجرح انساناً فلم يزل صاحب فراس حتى مات يجعل قاتلاً قلنا الما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه وهو ما والموهوم في هذا كالتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها قتلتها قاله حين أهدي رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رمية بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتاً وفيه ضرر راق وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتلتها الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قد عن طلبه ثم وجدته ميتاً وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضاً أجب بقوله الا أنا اسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن الاصطيد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان الاثر اذ عن توار يكون بسبب عمله وقوله (والذي روينا به حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أترسبع واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكانه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً ووجه كون ما روينا به حجة عليه انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراعي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته أكل الصيد اذا غاب عن الراعي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلتها حجة له على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل (١٨٣) الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراماً

(قوله كالوجرح انساناً فلم يزل صاحب فراس حتى مات يجعل قاتلاً) أقول لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله) وهو كما يدل على حرمة ذلك (الخ) أقول في دلالة على التفسير كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً كل) لما روى عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراعي وقال لعل هوام الارض قتلتها ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالتحقق لما روينا الا أنا اسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التمزع عن توار يكون بسبب عمله والذي روينا به حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً كل) قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل اقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع

الموهوم كالتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا دليلاً مستقلاً قال المصنف والذي روينا به حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل قاضيان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل اقول ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنبت والاصماء ما رأته والانعام ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه رآه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله والذي روينا به حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة لا يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضاً لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً كل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو لجل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزيلعي أما نص عبارة قاضيان فهى والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطاً بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليله الذي ذكره من كونه شرطاً بخصوصه فأمره سهل اذا المراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقريئة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما روينا به حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة له على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أترسبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرماً ففيما اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرماً والظاهر أن يقول فكرهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف (١٨٤) فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رى الغير فاعتبر

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يخل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر بحر ما يخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (واذا رعى صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرمي اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رمية في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء كل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سداب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتماعا وممكن التحرز عما وسبب الحرمة ترجيح جهة الحرمة احتياط وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى بوجوه مجرى عدمه لان التشكيك بحسب الوسع فما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آخرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتزدى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوق على ربح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آخرة لاحتمال أن حده هذه الاشياء قتله وبما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليهم الآن وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكم الشهيد وجعل المروى في الاصل على غير حالة الانشقاق وجعل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وجعل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائة فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء كل وان انغمست لا يؤكل

ما أغتيت والاصماء ما رأته والائماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يخل لقول ابن عباس رضى الله عنهم ما كل ما أصميت ودع ما أغتيت والاصماء ما رأته والائماء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا أو ما قوله لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يخل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقا خرج عظيم والخرج مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعزى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله وذ كرفى الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالرواح على جبار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسماني صاحبه فجار رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلته لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسهما بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء كل) قال في العناية أخذ من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي وانتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذا الظاهر أن الوقوع على

بحر ما يخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجمل بحر ما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رعى صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سياتي قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من عل وهو لغو في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء كل) يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي (وقوله وذ كرفى المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وجعل المطلق المروى في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وجعل شمس الأئمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وجعل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه

وفي الجلة فليس في المسئلة وابتان وهذا أي ما فعله شمس الأئمة أصبح لان المذكور في الاصل مطلق فيجوز على اطلاقه وجعل على غير حالة الانشقاق فيخرج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقعه على الارض أكل وقد ذكر أنه في معناه كما

وقوله (كما اذا وقع أي غير المائي في الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يغشى عرضا فيصيب بعرضه لا بجده والبندقية طينة مدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخزق) بالزاي المعجمة تخزق المعراض (١٨٥) أي نفذ وبأراه الموهمة خطأ وقوله

(وكذلك ان جرحه) يعني اذا رماه بجرحه فان كان ثقلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بنفسه وان كان خفيفا وبه حدة أي كل والمسرة جرح أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقبيه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذا بأنه يبلغ في السدرة حد الشذوذ وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصفار ووجهه أن الدم المحس لم يسل فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبي بكر الاسكافي لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصفار فانه شرط سميلا أن الدم قال (وان رمى صيدا الخ) اذا قطع بالرمي عضو من الصيد أو كل الصيد لما بينا أن الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أكلها وقال الشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى ان مات الصيد منه أكل كل ميان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان

كما اذا وقع في الماء قال (وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بجده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما أصابته البندقية فقات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بجرحه قالوا تأويله اذا كان ثقلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بنفسه وان كان الجرح خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الجرح خفيفا وجهه طويلا كالسهم وبه حدة فإنه يحل لانه يقتله بجرحه ولورماه بمروحة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بمها فابان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بثقل الجرح كما تنقطع بالقطع فوق الشك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولورماه بصاع أو بهود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه عزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح بقتل كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى القتل بقتل كان حراما وان وقع الشك ولا بد من مات بالجرح أو بالنقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بعقبه بفض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولورماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذا ذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأقرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاة ولم يسلم منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخول فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه (واذا رمى صيدا أو قطع عضو منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل كل العضو) وقال الشافعي رحمه الله أكلان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان

نحو حد الرمح والقصة المنصوبة ليس بوقوع على الارض واللهذا جعل المصنف الاول قسما للثاني فيما سيجي موعدا الاول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ما سيجي (قوله وان لم يكن مدميا) فكذا ذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم أقول بردي على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم المحس وان الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطرار ي بصار اليه عند الجرح عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحمين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا بالضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل الجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء جرح فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأقرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لما نفع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

(٣٤ - تكمله ثامن) قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأقرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فرى الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني

(والبيان منه كما اذا ائبن الرأس بكافة الاختيار) رذيث لان قطع أي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار والرائس
 يؤكل في ذكاة الاختيار فكذلك العضو المبان في ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما ائبن من الحي فهو ميت) ووجه
 الاستدلال انه ذكر المطلق مطلقا لا ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكم والعصا المبان بهذه الصفة يعني
 ائبن من الحي حقيقة وحكم اما حقيقة فانه قيام الحياة فيه واما حكم فلا بد بتوهم حياته بعد ابادة هذا العضو وانما أي وليكونه صاحب حكم
 اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء (١٨٦)

والبيان منه كما اذا ائبن الرأس بكافة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ائبن بالذكاة ولنا قوله عليه
 السلام ما ائبن من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكم والعصا
 المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكم لانه بتوهم سلامته بعد هذه
 الجراحة وهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ائبن
 بالذكاة فلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه
 ولا تبعية لرواها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحي حقيقة وحكم لا يحل
 والمبان من الحي صورة لاحكام يحصل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه
 حياة صورة لاحكام وله هذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطع لا يحرم
 فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع بدا أو رجلا أو ثمة عمالي القوائم أو أقل من نصف
 الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه بتوهم بقاء الحياة في الباقي (ولو قد به نصفين أو قطعه أثلاثا
 والاكثر عمالي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حي
 صورة لاحكام اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ائبن منه فهو ميت
 الا أن ميتته حلال بالحديث الذي روينا (ولو ضرب عنق شاة فبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا
 الصنيع لابلأغه الخنازع وان ضرب به من قبل الثقان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع
 الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا أو رجلا ولم يمت ان كان يتوهم الانشام والاندمال فاذا مات
 حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجذعه حل ما سواه لوجود الابانة معني
 والعبرة للعاني قال (ولا يؤكل صيد الجحوشى والمرتد والثوئي) لانهم ليسوا من أهل الذكاة على يئناه
 في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهم ما من أهل الذكاة اختيارا فكذا
 اضطرارا

في الماء وقوله (ائبن
 بالذكاة) ذكره ليحيب عنه
 بقوله فتناو وتقرر
 ان ما ائبن بالذكاة يؤكل
 ولكن لانه ذكاة دونها لان
 هذا الفعل هو ابانة العضو
 حال وقوعه ليس بذكاة
 لبقاء الروح في الباقي على
 وجه يمكن الحياة بعده اذ
 النضر في ذلك والجرح
 يعتد به ذكاة اذا مات منه
 أو يكون على وجه لا يمكن
 الحياة بعده وهذا الزوجه
 وفيه من الحياة فوق ما في
 المذبوح لا بد من ذبحه
 وعند زوال الروح وان
 كان ذكاة بالنسبة الى
 الصيد لكنه ليس بذكاة
 بالنسبة الى المبان لعدم
 تأثيره في موته لفقدا الحياة
 فيه حينئذ فان قيل
 فليكن ذكاة المبان بتبعية
 الاكثر اذا مات من ذلك
 القطع أجاب بقوله
 ولا تبعية يعني الأقل يتبع
 الاكثر اذ لم يتفصل عنه
 وهما قد انفصلت فرالت
 التبعية والاصل المذكور
 في الكتاب ظاهر وقوله

بوجه آخر حيث قال وهو اذا ضعف عندي لانه كما شرط الانه شرط فرى الاوداج أيضا
 وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانه انتمى أقول ليس هذا بصديد
 لان عدم اشتراط فرى الاوداج في ذكاة الاضطرار لا يميز عنه ولزوم الجرح في اشتراطه وهذا غير
 متحقق في الانهار اذ لا يجز عن الجرح بل ارب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار في الغالب فلا جرح في
 اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ائبن من الحي فهو ميت
 ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكم والعصا المبان بهذه الصفة) قال الشراح يعني انه ذكر
 الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكم والعصا المبان بهذه الصفة
 أي ائبن من الحي حقيقة وحكم أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة في السنة
 الفقهاء وكتب أصحابنا لكم المخالفة في الظاهر لما تقر في أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

(والاكثر عمالي العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر عمالي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج
 من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث عمالي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بعونه والجرح مبان عند ذلك وما اذا
 أبان الثلث عمالي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجرح مبانا للباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد
 الجحوشى) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد
 (قوله وتقرر بوجهنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالنسبة ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشخه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فذاك ينقسم إلى قسمين إما أن يرمياه معا ومتعاقبا والاول على
أوجه فانه اذا رمياه معا فاما أن يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يشخه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك فانه اما أن
رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول أو بعده فان كان الثاني فاما أن يشخه الاول أو لم يشخه والاول بوجهه والوجه الاول من الثاني
غير مذكور في الكتاب وأنا أذكر ذلك تكملة للإفادة فان رمياه معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل كل واحد منهما رمى إلى
صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميه مافيق فعل كل واحد منهما ذكاه وأصابا الرمي متعاقبا فتناوله
في السبيته وذلك بوجوب المساواة في الملك وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأنشئه أى أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم
أصاب سهم الآخر فقتله فهو الاول وحل أكله عندهنا خلافا لفرهوه يعتبر بحالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير متمتع فصار كالمو
رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحمل تنبئ به ولهذا تعين التسمية (١٨٧) حالة الارسال والارسال قد حصل

منهما والحمل صيد فله يتعلق
بالثاني حظر وللملك حالة
الاتصال لان الملك يتصل
بالحمل وسهم الاول أخرجه
عن حيز الامتناع فلا يملكه
قبل أن يتصل به الثاني وان
لم يشخه فهو للثاني وهو
ظاهر وان رماه الثاني بعد
مارماه الاول قبل أن يصيب
سهمه وهو الاول من
القسم الثاني في حكمه حكم
ما لو رمياه معا هو لهما
وحل أكله وأما المذكور
في الكتاب فقد آمن
المصنف في بيانه ونشر إلى
بعض ألفاظه ان خفي
فقوله (هذا) إشارة إلى قوله
ولم يؤكل

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشخه ولم يخرج به عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل كل)
لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيدين أخذ (وان كان الاول أنشئه فرماه الثاني فقتله
فهو الاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاه لا بقدره على ذكاه الاختيار يشترط
الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجم منه الصيد لانه حينئذ يكون المسوت مضافا إلى الرمي
الثاني وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه
فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم
لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته)
لانه بالرمي أتلف صيدا فاملاو كاله لانه ملك بالرمي المتخفف وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم
الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كاله مضافا إلى الثاني وقد قتل حيوانا فاملاو كاله
للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمه كاله كما اذا قتل عبد امرىضا

اطلاقه كما أن المقيد بحري على تقيده فتأمل في التوفيق (قوله قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل
المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجم منه
الصيد يرى مستدر كالان مجموع التأويلين متعاقبا بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القدرى وهى
قوله وان كان الاول أنشئه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته
انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمي الاول بحال ينجم منه الصيد تعين أن يكون
أيضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال ينجم منه
الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فصار مشروط في الاصل مشروط في الفرع

(قوله فان أصاب فاما أن
يشخه قبل اصابة الثاني أولا
والثاني كذلك) أقول يعنى
اذا رميا متعاقبا (قال
المصنف أما اذا كان الاول

بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح) أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر
ما يبقى في المذبوح يحل الخ وان بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فان ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال
لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول اعتبارا بحالة الرمي هنا ليس لاندلاوة بحالة الاتصال لم يحصل فانه في تلك
الحالة أيضا صيد مباح بل يكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر بحالة الاتصال) أقول يعنى
الاتصال بالحمل (قوله والحمل صيد) أقول الواو حالبة (قوله وللملك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله
وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالبة (قوله وان لم يشخه) أقول معطوف على قوله فأنشئه أى أضعفه الخ (قوله حكمه حكم ما لو
رمياه معا هو لهما وحل أكله) أقول لا بد ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول
فاما أن أنشئه الاول أو لم يشخه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذ كر حكم الحبل وحكمه انه لم يؤكل
 لان احدهما الرميين تعاقبهما الخطر والاخرى تعاقبهما الاباحة وانما لم يذ كر المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورته
 الجواز وهو أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما كما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً فبإضافة اليهما قيل
 كان لواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة ادخله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو
 بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله (وان كان رماء الاول ثانياً)
 (١٨٨)

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات يضمن الثاني ما نقصته جراحته
 ثم يضمنه نصف قيمته مجزوءاً الجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لجه أما الاول فلا يضمن جرح حيواناً مملوكاً كالغدير
 وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً وأما الثاني فلا يضمن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه
 وهو مملوكاً لغيره فيضمن نصف قيمته مجزوءاً الجراحتين لان الاول ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة
 فلا يضمنها ثانياً وأما الثالث فلا يضمن بالرمي الاول صار بحال يحصل بذلك الاختيار لولاي الرمي الثاني فهذا
 يرمى الثاني أنفسه وعليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان
 اللحم فيه وان كان رماء الاول ثانياً فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرمي غيره وبصير
 كما اذا رمى صيداً على فله جيل فأنقذه ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال (ويجوز
 اصطيد ما يؤكل كل لحم من الحيوان وما لا يؤكل) لا طلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قاله

صيد المملوك أرانب و ثعالب * واذا ركبت تصيدى الابطال
 ولان صيده بسبب الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاسه فدفع شره وكل ذلك مشروع
 كتاب الرهن

أيضاً واذا علم أن الرمي الاول كان بحال ينحوم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة
 الى التأويل الثاني ثم أقول في الجواب ان كون الرمي الاول بحال ينحوم منه الصيد انما يقتضي أن لا
 يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي أن يحصل القتل بالرمي الثاني وحده بل هو أن يحصل من
 اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفرد وهو اذ المصنف بالتأويل الثاني
 التقيد بما علم كون القتل حاصل بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله
 وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولا يفيد التأويل الاول هذا التقيد لان القيد
 الذي ذكره أولاً أعم تحقاً من القيد الذي ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع
 الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما
 اذا كان الرمي الاول بحال لا يعلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا
 كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله
 من قبل فلا استدلاله أصلاً بل أصاب كل من التأويلين مجراه

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطيد سبب لتحصيل المال

يعنى أن ما تقدم كان فيما
 اذا كان الرمي الثاني غير
 الرمي الاول وعذا فيما اذا رماء
 الاول ثانياً قوله (فالجواب
 في حكم الاباحة الخ) يعنى
 لا في حكم الضمان لان
 الانسان لا يضمن ملك
 نفسه بفعله لنفسه والباقي
 واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن
 لكتاب الصيد من حيث
 كونهما سببين لتحصيل
 المال ومن محاسنه حصول
 النظر لطالب الدائق والمبدون
 وسببه ما ذكرنا غير مرة
 وشرط جوازه وتفسيره
 ومشروعيته وحكمه
 مذکور في الكتاب
 وسند كرهه شيئاً أما
 تفسيره فاذ كره

(قال المصنف وان علم أن
 الموت حصل من الجراحتين
 أو لا يدري) أقول هذا
 يوهم أن بين المسئلتين فرقا
 أعنى بين ما اذا حصل

القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن
 الا أنه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيان أى عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ما ذكره
 الامام الزمخشري فراجع (قال المصنف قال قائلهم
 صيد المملوك أرانب و ثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال)
 أقول البيت لعنزة العنسي وهو جاهلي وهم كانوا ياكلون الثعالب وما حوش منها فان كان استدلاله به افنى تحريم أكل الثعلب بخلاف بين
 علماء المسلمين فقد ذهب الشافعي وغيره الى القول بجحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيداً الا بقدره فهو
 مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسداً ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم

(الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرعية جعل الشيء محبوسا بحيث يمكن استيفاءه منه) أي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المهر (كالديون) وهو احتراز عن ارتمان الخرج عن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فلهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد وباروي أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه (١٨٩)

وبالاجماع فان الامنة اجتمعت على جوازها من غير تكبير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة والألاحقة فلا تكون مرجحة لبراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة والألاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والألزام تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقسدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجوز كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه إن شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرعية جعل الشيء محبوسا بحيث يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والألزام والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحيث لا أن للعاقدة الرجوع عنه ما لم يقبض المرتين الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن أغما هو نفس الحبس لا لزومه فقصده هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بالآداب ثم إن الأمام النسفي لما قال في الكنز وهو حبس شيء بحيث يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لأن الظاهر المتبادر من الكفاية في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية بركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتين قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه بمستقيم أما الأول فلأن من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجموع الإيجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك في سائر عقود التبرعات أيضا واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما هي في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاص بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد وقول القدروري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرعية جعل الشيء محبوسا بحيث يمكن استيفاءه منه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فلهان مقبوضة وباروي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة والألاحقة فلا تكون مرجحة لبراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة والألاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والألزام تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقسدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجوز كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه إن شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرعية جعل الشيء محبوسا بحيث يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والألزام والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحيث لا أن للعاقدة الرجوع عنه ما لم يقبض المرتين الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن أغما هو نفس الحبس لا لزومه فقصده هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بالآداب ثم إن الأمام النسفي لما قال في الكنز وهو حبس شيء بحيث يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لأن الظاهر المتبادر من الكفاية في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية بركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتين قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه بمستقيم أما الأول فلأن من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجموع الإيجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك في سائر عقود التبرعات أيضا واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما هي في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاص بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد وقول القدروري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

(قال المصنف وفي الشرعية جعل الشيء محبوسا بحيث يمكن استيفاءه منه من الرهن كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام والألزام والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكفاية في قوله

كالدين مقحم إن كان الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها رهنا بالدين والأفلا أقام وسيجيء التفصيل في الورق الآتي (قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع وسيجيء تحقيقه من الشارح

(19.)

ولما عند ذلك انشأوا في غفلة

ابتداء والرهن بيمين

20

فسره ما

بہارِ زمانہ

(وانما تلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء مراد به الامر كافي قوله تعالى ومن كان مريضاً
 ارعى سفر فعدة من ايام اخرى فليصم وكافي قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحرر فيكون تقديره والله أعلم
 وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فارهقوا وارتموا ولكن تركوه مع ولابه في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المسجون ولا قبوله
 على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كافي قوله صلى الله عليه وسلم الخطة بالخطة مثلاً بمثل بالنصب أى
 بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المائنة في أموال الرافق كذا هذا وفيه بحث من أوجه
 الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر للاباحة بقربة الاجماع فينصرف
 الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض كان شرطاً للجواز والزم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع
 ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر
 لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر بجمعه كذلك واستناد مقبوضة الى ضمير
 المصدر مجاز عطف كافي سيل مفهم وعن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للجواز لان الجواز هو اللفظ
 المستعمل في غير ما وضع له بقريضة والاجماع لم يكن حال (١٩١)

في الرهن غير ممكن فصرف
 الى القبض وعن الثالث
 أن الدليل لالزام مالك
 رحمه الله حيث لا يجعله
 شرط الزوم ولا الجواز
 وذلك أن الله تعالى وصف
 الرهن بالقبض كما وصف
 التجارة بالتراضي والتراضي
 وصف لازم في التجارة
 فكذا القبض في الرهن
 لا يقال هذا استدلال
 بمفهوم الصفة وهو ليس
 بصحيح اما ذلك مذهب
 الجمهور من أصحابنا فيجوز
 أن يكون المصنف قد
 اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء مراد به الامر ولانه عقد تبرع لما أن الرهان
 لا يستوجب عقابته على المرتن شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كافي الوصية وذلك
 بالقبض

ثبوت الملك للرهن بحال أصلاً فبقى الجواز هنا على ظاهره قوله (وانما تلونا والمصدر المقرن
 بحرف الفاء في محل الجزاء مراد به الامر) نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب أى فاضرب بوهو وقوله تعالى
 فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحررها وقوله تعالى فعدة من ايام آخر بتقدير فصوص عدة من ايام أخرى
 فليصم عدة من ايام آخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضاً وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر
 أى فارهقوا وارتموا ثم لما كان بمعنى الامر لم يعمل بوجوب الامر الذي هو الوجوب والزم في حق
 نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المدين بالاجماع ووجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا
 في قوله عليه الصلاة والسلام الخطة بالخطة مثلاً بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع
 لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المائنة في أموال الرافق كذا ههنا هذا ما ذكر في
 جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثير من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب
 النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا في كتب
 اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو تمحّل متمحّل بتصحيف ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفاً ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع أننا لانسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس
 بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنخ في هذا الموضع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول
 على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كافي قوله تعالى فن كان منكم مريضاً وعلى سفر فعدة من ايام آخر) أقول فان التقدير فصوص عدة (قوله الاول ما قيل)
 أقول القائل هو الاتقاني والمكافى (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لا تسلم الا عن
 دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر
 بجمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهن هو الرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضاً
 ولعل الاول أن يقال التقدير فرهان كافي قوله تعالى فعدة من ايام آخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في
 تفسيره رهن ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسي في تفسيره رهن جمع رهن وهو العين المقبوض
 بالدين تؤنيقه وما قاله الشيخ النسي أيضاً في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصدر قد يجعل اسماً ويزول عنها عمل الفعل فاذا قال رهن
 عند زيد رهن لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهن زيدا أو بالما جعل اسماً بجمع كما يجمع الاسماء رهن
 ورهان انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره فرهن رهن مقبوضة فكان المصدر محذوفاً لجعل الخذوف بمقتضى التائب فتسأل
والمصدر المقرون بحرف النشاء والرخان لما كان مصدره على قول صاحب الكتاب كان ارادة
المرحون به جازمة كإرشاد راديه المرهون ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبضت مقبوضة
بالتائب كما يؤت الصوت بتأويل الصحة لكان وجهها بعد الأذى الأول وورد الالباس وفي الثاني
لا يسبق المصدر بحقيقته والله أعلم إلى هذا اللفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمي صاحب
الهداية الرهان مصدره كما ترى وكذلك ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الأستنجاني في شرح الكافي
ولنا فيه نظراً لأنه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجهرة ودون الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمين والرهنه بمعنى الرهن أيضاً وجمعهم رهان
نعم الرهان يجمع مصدره من قولهم راحنه على كذا أى خاطره مرأته ورهاناً من باب المفاعلة
ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم ينجح في صفة الرهان إلى بناء
التائب فانهم إلى هذا النظم وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لأن الرهان جمع
رهن كالعسل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتائب دال على أنه جمع وليس
بمصدر وإنما قال والمصدر المقرون لأن تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب
معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لأن الرهان جمع رهن كالعسل والنعال وكذلك في
كتب اللغة وبدل عليه قوله مقبوضة بالتائب فدل أنه جمع لا مصدر وقال في القوائد الشاهية يجوز
أن يكون الرهان مصدره من باب المفاعلة كالعسل والنعال والغراب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو
فرهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤت الصوت بتأويل الصحة ويجوز
أن يكون الرهان مصدره بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر
محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدره تقديره لا لتحقيقه إلى هنا كلامه وأما صاحب العناية
فعندما استشكلوه أمره أن لا يجب منه حيث قال قيل إن المصنف جعل الرهان مصدره وهو جمع رهن
ثم قال والجواب عنه أنه مما يتخفى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدره فجمع منه كذلك وأسند مقبوضة
إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سبل مفعم انتهى أقول منشأ مجازفة هذه الغفول عاذ كرفي كتب اللغة
وكتب النفسير لأن كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل
هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في
القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب متاب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمين وقال
في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما
جمع رهن بمعنى مرهون وكذلك في سائر التفاسير ثم إن كون أسند مقبوضة إلى ضمير رهان مجاز عقلي
خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا ضرورة داعية إليه وهي منتفية في الآية المزبورة إذ يصح المعنى ويحسن
بجسدها جعل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما جعل عليه المفسرون ويكون الأسناد إذاً ذلك
حقيقاً تمام معنى العسلول عنه وبناء استدلال التائب الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه
خول المفسرين ثم إن تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب إليه مناسيل مفعم قبيح جداً فإن المفعم اسم مفعول
أسند إلى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند إلى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب إليه
فالمناسب في التمثيل هو أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات
التي ذكرت في سائر الشروح لتصح ما في الكتاب كلها أيضاً بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور
المفسرين فالانصاف أن التمسك بتمثيله لا يفيد القطع ولا الإلزام على الخصم ولكن الأقرب والأشبه من
بين أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لأنه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لأنه لم يكن مضمونا على الرهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فإن المعتبر لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لأن القبض بعقد التبضع لم يعهد موجب للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع فلا ينعقد الرهن إلا باليجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والأول) أي وجه الظاهر (أصح) لأن الرهن وثيقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يحل الرهن بين المرتهن وبينه فكذلك جهته إذا لحقت حقيقة أقوى من الجهة وما ثبت به (١٩٣) إذ قوي بنبطه الأدنى وأما الوصف

الذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا لابتداء فلا يكاديين وقوله (فإذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معني بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محموزا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محموزا احتراز عن رهن التمر على رأس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وإن لم يقبضه فالرهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في النقل إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس عوجب ابتداء والأول أصح قال (وإذا قبضه المرتهن محموزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لو جرد القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالرهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن)

فعدمه من أيام آخر فإن التقدير فيه فصوص عدة من أيام آخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فإنه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل إلا أن ثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض حين فإن التعديل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يبدأ بكافة في محله والقياس ينزل بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يثبت إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه أنه نظر لأن القبض بعقد التبضع لم يعهد موجب للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لأن جهة التبضع في الرهن غير جهة الضمان فيه فإن جهة التبضع فيه من حيث أنه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهه الضمان فيه عند الهلاك من حيث أنه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجهه فيتمتع رهنه عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبضع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية أنه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه إذا سلم الراهن المرهون إلى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فإذا قبضه المرتهن محموزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تكملة ثامن) (قال المصنف لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فإنه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف (قوله لأنه لم يكن مضمونا على الرهن قبل العقد) أقول الأولى أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الأقوى يثبت به الأدنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى لصعفه إلى ما يفويه ويؤكده (قوله فلا يكاديين) أقول فيه بحث (قوله محموزا احتراز عن رهن التمر على رأس النخل بدونها) وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن) أقول قال صدر الشريعة في شرحه لا وقاية فقبض محموزا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجرة بدون الثمر ودار فيه امتاع الراهن بدون المتاع ميز أي أن كان متصلا بحق الراهن خلفه كالثر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس برهن سواء كان اتصاله به خلفه أو مجاورة والمميز يتعلق بالخاص في الحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلفه حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التباين بين التفسيرين

لما ذكرنا أن المرزوم بالتبضع إذا قصد الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرزوم دخل في ضمانه
وقال الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط عنه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثة
لصاحبه غنمه أي روائه وعليه غرمه أي ضلوكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليست بدينه الصيانة
فلا يسقط الدين من ذلك على موضوعه بالنقص ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثة
وحقه للدين فيكون ضمانه يسأل المراد به ذهب حثك من الامساك أو من المتألف برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاختيار
عنه ومثله ليس بحق له ولأن ذكر الحق في أول الحديث متكررا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنقضى الفرس عنده
المرزوم فاختصه على أن يرضى صلى الله عليه وسلم فقال يترتب ذهب حثك فذكر الحق متكررا ثم أعاده معرقا في ذلك يكون الثاني عن
الأول كسنة في الثمانية وثلاثين لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم واللام والباء من ألفاظ عدة المذكرة
إذا ادعاهم أن المتكسر كان وقعا من المرزوم في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا أئتم الرهن
فهو بماله معناه على ما قالوا إذا اشبهت قيمة الرهن بعد ما دلت وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم
لا أدري ثم كان قيمته والمرزوم كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكمي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم انفقروا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على

(٣٩٤)

لما ذكرنا أن المرزوم بالتبضع إذا قصد الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرزوم دخل في ضمانه
وقال الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط عنه شيء من الدين به إلا أنه نقوله عليه السلام لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثة
لصاحبه غنمه أي روائه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليست بدينه الصيانة
فلا يسقط الدين من ذلك على موضوعه بالنقص ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثة
وحقه للدين فيكون ضمانه يسأل المراد به ذهب حثك من الامساك أو من المتألف برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاختيار
عنه ومثله ليس بحق له ولأن ذكر الحق في أول الحديث متكررا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنقضى الفرس عنده
المرزوم فاختصه على أن يرضى صلى الله عليه وسلم فقال يترتب ذهب حثك فذكر الحق متكررا ثم أعاده معرقا في ذلك يكون الثاني عن
الأول كسنة في الثمانية وثلاثين لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم واللام والباء من ألفاظ عدة المذكرة
إذا ادعاهم أن المتكسر كان وقعا من المرزوم في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا أئتم الرهن
فهو بماله معناه على ما قالوا إذا اشبهت قيمة الرهن بعد ما دلت وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم
لا أدري ثم كان قيمته والمرزوم كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكمي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم انفقروا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على

لما ذكرنا أن المرزوم بالتبضع إذا قصد الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرزوم دخل في ضمانه
وقال الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط عنه شيء من الدين به إلا أنه نقوله عليه السلام لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثة
لصاحبه غنمه أي روائه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليست بدينه الصيانة
فلا يسقط الدين من ذلك على موضوعه بالنقص ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثة
وحقه للدين فيكون ضمانه يسأل المراد به ذهب حثك من الامساك أو من المتألف برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاختيار
عنه ومثله ليس بحق له ولأن ذكر الحق في أول الحديث متكررا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنقضى الفرس عنده
المرزوم فاختصه على أن يرضى صلى الله عليه وسلم فقال يترتب ذهب حثك فذكر الحق متكررا ثم أعاده معرقا في ذلك يكون الثاني عن
الأول كسنة في الثمانية وثلاثين لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم واللام والباء من ألفاظ عدة المذكرة
إذا ادعاهم أن المتكسر كان وقعا من المرزوم في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا أئتم الرهن
فهو بماله معناه على ما قالوا إذا اشبهت قيمة الرهن بعد ما دلت وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم
لا أدري ثم كان قيمته والمرزوم كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكمي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم انفقروا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في التهمة إن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوذا مفرعا متميزا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخليص في باب الرهن بل يجب أن يضع المرزوم يده حقيقة على المرزوم إذا سلم أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعقبات (قوله لأن الرهن ينفى عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال

قائلهم

هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون فاقول بكونه

وقار قد

أمانة خرق الإجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يعلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكا كذا ذكره الكرخي عن الساف كطاوس وإبراهيم وغيرهما قال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن رهن الرجل الرهن بالشئ وفي الرهن فضل عماره بن قيس قال الرازي أن جنة بحق إلى أجل يسيرة له وإنه الرهن لا بما فيه فهذا لا يصح ولا يحمل وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحبه بما فيه بعد الأجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا عصفية وأبا يوسف ومحمد إلى أن ذلك في البيع أن يبيع الرهن بغير فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وإن يبيع بفصل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتبة بالاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتبة بالاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينفى عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا أئتم الرهن فهو بماله) أقول الباء للمقابلة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافسكالك له * يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

أي ارتفعت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فسكالكه وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافسكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لما دام وتأيد بنفي الفسكالك دل أنه ينبغي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب ثبوت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبثا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أي الى الاستيفاء وذلك أي كونه موصلا اليه ثابت على اليد والحبس يقع الامن عن جود الرهن مخافة جود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يقضى الى أداء الحق لان الرهن يخشى ان يحسد الدين أن يحسد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر

(١٩٥)

أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أي اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجهه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة

وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لا تنفاه احتمال النقص فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو راجع بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي لا دين بالحبس بالرذع على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرذع فنقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

وفارقتك برهن لافسكالك له * يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلا اليه وذلك ثابت على اليد والحبس يقع الامن من الجود مخافة جود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجهه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى التباين خلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرذع على الراهن فلا يتكرر ولا وجهه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور

وفارقتك برهن لافسكالك له * يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

قال في العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لافسكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لما دام وتأيد بنفي الفسكالك دل أنه ينبغي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب ثبوت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب في الاصل لتأنيج الشريعة لكن الجواب ليس بتمام عندى لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان منافضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقصين معا وما نحن فيه كذلك اذ لا شك أن فسكالك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما يوجب نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت في اليد المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نفي فسكالكه تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجهه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى التباين) يعني اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجهه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لا تنفاه احتمال النقص فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو راجع بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي لا دين بالحبس بالرذع على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرذع فنقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

قبل التسليم فإنه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقص انما يتحقق فيما أمكن رد العين الى المالك كائنه فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربا وهو أن يستوفي رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجهه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا فلك نزول الدوام ومعنى الانفكالك له ابقاؤه على الرهنية والاجتماع فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانما يؤيدهما ذكره من الحبس الدائم من الميت فليتأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا يظهر أن يقول يكون أكثر من الدين في الاكثر الا أن يحمل على التحقيق يجعل النادر معدوما في الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي لا دين بالحبس بالرذع على الراهن) أقول قوله بالرذع متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفي منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به ولك أن تقول ما ل جوابه أيضا فليتأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء المكان أما العين الدين أو بعبارة لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثاني لأن الرهن يبدل الصنف والمسلم فيه جائز والاستيفاء لهما غير جائز وجبه الجواب أن المختار الأول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو بالمالية والأول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا يتوب عن قبض الشراء أن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا يتوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع لأنه من جنس الدين بالمالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة زيادة معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاف ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت بد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك لتحقيق الصيانة للأمانة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانه لو وجب الدين في ذمة المحال عليه أمانة حتى الطالب وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعقد به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الإسلامية لا بالتوازم الشخصية (١٩٦)

محمود عند المستأجر بالاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا يتوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا يتوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالخاص أن عندنا حكم الرهن ضرورة الرهن بحيث يابدينه بأمانة بد الاستيفاء عليه وعندنا تعالى الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عبدة من المسائل المختلفة فيها بينه وبينه عددنا في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد إلا بتفاد لا ينفوت ووجهه وهو الاحتباس على الدوام وعندنا لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجهه وهو تعيينه للبيع وسما تيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الأبدن مضمون) لأن حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولادين ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

محمود عند المستأجر بالاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا يتوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا يتوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالخاص أن عندنا حكم الرهن ضرورة الرهن بحيث يابدينه بأمانة بد الاستيفاء عليه وعندنا تعالى الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عبدة من المسائل المختلفة فيها بينه وبينه وبينه عددنا في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد إلا بتفاد لا ينفوت ووجهه وهو الاحتباس على الدوام وعندنا لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجهه وهو تعيينه للبيع وسما تيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الأبدن مضمون) لأن حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولادين ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضاً الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الرهن باقتناء في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولادين) يعني يرد على هذا اللفظ أي على لفظ القعدوري وهو قوله ولا يصح الرهن الأبدن مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها أي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها وهي ما يجب مثله عند هلاكه أن كان مثله أو قيمته أن كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولادين فيها وأجاب

المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة وقوله (فالخاص الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن الأبدن مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكيه لأن كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالرهن وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لأن حكمه أي حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما حكمه بالدين الموعود فيسبح الكلام فيه وقوله (ويدخل) أي يشكل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة حوازل الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها والخاص أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين والأول صحيح بكل حال والثاني إما أن يكون بمعين مضمون أو لا والثاني غير صحيح كافي الودائع والحواري والمضاربات والشركات والأول إما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً أو يكون مضموناً بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الأبدن مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فإن الرهن بها صحيح ولادين ثمه وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي آخر الصلح أيضاً

(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (وإن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بانقبض السابق ولهذا اعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المخصوص من المال فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره أن سبب وجوده قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت (١٩٧) الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن يريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه أو ديننا انعقد ذلك فان كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخييرين أما على الأول فتقريره ولو لم يكن الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه به لا كما قاله على الغاصب فهلك المخصوص لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كالهلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان محلا ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره ويكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل به لا كما لأنه

ولهذا تصح الكفالة بها وإن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا اعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سببه وجوبه فيصح كافي الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة بهما كما بخلاف الوديعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال إلى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدوري الاعتراض رأسا لأنه لا ينبغي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه المختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر إلى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضاء عن مثل ذلك الشارح أن يقول إن القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فمعزل عن مساعده هذا الفاضل فالحجج في تخصيص الشيء بالدين كروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فطنتك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) فإن في العناية واعتراض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن تريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه أو ديننا انعقد ذلك فان كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتأخر الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء لأن عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه فان مقصوده القصر في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لأن الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بخلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقده كفالة به منجزة ومما إذا المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا اعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم الا على قول أبي يوسف فان المعتمد عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيلا في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقرير بالاعلى قول أبي يوسف وليت شعري لم يتم اعتراض

لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب

(قوله وإن كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالأول صحة دون الرهن فتوجه السؤال الآن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه

تد (وهو مضمون بأقل من قيمته من الدين الخ) الرهن مضمون بالأقل أي بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس يصحح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث وكلامه راضح وقوله (بترادف المنكر) يعني أن المترادفان يكونان من الجانبين وقوله (كافي حقيقة الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه التي درهم في كيس وحقه في ألف فانه يصير مضمنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذلك إذا وقوله (ضرورية امتناع حبس الأصل بدونها) لأن الأصل لا يمكن الزيادة من جهة أدى إلى الشروع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن أن يستعار الراهن الرهن من المرتهن فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما ينبغي وقوله (والمراد بالتراخي في روى حلة البيع) يعني أن رضى الدين على رضى الله عنه (١٩٨) فله روى عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حل الأول على حالة البيع

قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فإذا دخل في يد المرتهن وقيمتها والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الفضل أمانة في يده) لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالبة وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمتها يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال بترادف الفضل في الرهن ولأن الزيادة على الدين موهنة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبا موهنة عن عمرو عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ولأن يد المرتهن من يد الاستيفاء فلا يجب الضمان إلا بالقدرة المستوفى كافي حقيقة الاستيفاء والزيادة موهنة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراخي في روى حالة البيع فله روى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال (والمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تتعبد بالمطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مظهره عند القضاة يحبس به بناء على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يشكر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولا) لينعين حقه كما تعين حق الراهن بتحقيق النسوية كافي تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع (وإن طال به الدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا أجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لأن الأمانة كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له أجل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإبقاء فيه في باب تسليم الإجماع (وإن كان له أجل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكف إحضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلي لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلب الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

يعني إذا باع المرتهن الرهن يأن الزمان يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كإيناء على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القضاة وقوله (وإذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للنسوية) قبل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الرضخ لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتباره شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لأنه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه) يعني المرتهن ولم يعتبر هنالك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه

لهذا أحسن الشراح (قوله وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس يصحح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل حررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما ولو قال حررت بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحدا منهم والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما ألا أمر ثالث ثم إن تاج

موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر مقيم وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الأول

قوله ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس يصحح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث أقول أذا تكون من حيث أنه تفضيلية لو جوب استعمال الأفعال بأحد الأشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث إذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقريضة على الحذف شهرة المذهب فمن الملقوفة للبيان كما فصله صدر الشرع في شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف ههنا (قوله يعني أن المترادفان يكونان من الجانبين) أقول فير جمع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لأن الأصل يجعل الزيادة

لاطلاق

وقوله (لا ملاق الامر) يشير الى أنه لو قدمه بالنقد لا يبيع ببيعته نسيئة وقوله (لانه لا قدرة له على الاحضار) لان الرهن يبيع بأمر
 الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا اذا أمر المرتهن) يعني لا يكلف احضار الرهن لانه أى الرهن صار ديناً بالبيع بأمر
 الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين لانه لما باععه بأذنه صار
 كأنهم ما تنفاهم الرهن وصار
 (١٩٩)

التمن رهنًا بتراضيه سما
 اتسدها لا بطريق انتقال
 حكم الرهن الى التمن ألا ترى
 أنه لو باع الرهن بأقل من
 الدين لم يسقط من دين
 المرتهن شئ فصار كأنه
 رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه
 على يد عدل وقوله (الا
 أن الذي يتولى قبض التمن
 هو المرتهن) استثناء
 من قوله فصار كأن الراهن
 رهنه وهو دين بحسب
 عما يقال لو كان الامر
 كذلك لما كان للمرتهن
 أن يقبض التمن من
 المشتري كما لو كان
 الرهن في يد عدل لكن
 له ذلك ووجه ما ذكر
 أن ولاية القبض باعتبار
 كونه عاقداً والحقوق ترجع
 اليه وقوله (وكما يكلف
 احضار الرهن لاستيفاء
 السكك يكلف لاستيفاء نجم)
 قيل اذا ادعى الراهن هلاك
 الرهن وأما اذا لم يدع فلا
 حاجة الى ذلك واليه أشار
 بقوله لاحتمال الهلاك
 وقوله (ثم اذا قبض التمن)
 يعني ان باع الرهن وقبض
 التمن فاذا قبضه وجب
 احضاره لاستيفاء نجم
 لقيامه مقام العين

لا ملاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لانه لا قدرة له على الاحضار
 (وكذا اذا أمر المرتهن ببيع فباعه ولم يقبض التمن) لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن
 رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقيامه البديل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض التمن هو
 المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء
 نجم فدخل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض التمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في
 قوله الأقل من هذا التبعية والأقل يصلح بعضاً اذا الأقل مع منهما معرفتان بخلاف أقل منهما
 لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تدخل النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لأن سلم
 ان المعرفة لا تتناول النكرة تتناول السكك كالمعرفة مقتضى من التبعية فبعضية نعم ان المعرفة والنكرة
 لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما
 كون المبهمة بعضاً من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحده من
 أوجه من هذا أو بعض من هذا ما يكون كذا فإنه صحيح بالارباب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض
 نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن التبعية على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل
 معرفاً وبين أن يكون منكرًا انما يتشبه فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتشبه فيما اذا كان
 مدخولها نكرة اذا لا يلزم اذ ذلك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من
 قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعاً وذكر بعض
 الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذا تنكرت من في المنكر تفضيلية لو جوب
 استعمال الأقل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف
 وموضع كسب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك والقرينة على
 الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض ويحتمل ساقطاً وقد تقرر في علم النحو
 أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله
 تعالى يعلم السر وأخفى وقوله تعالى ولذا كرا لله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير
 أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع
 لانه لا بد من بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة كيف
 ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جازمنا أنه لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى
 عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية (قوله لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن
 رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقدس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف
 يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا ينبغي على الفطن أن صار المصنف بتعليمه المذکور ليس
 اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذکور بل مراده
 ببيان أن حكم الرهن يبق في الدين الذي صار خلقاً عن العين المبيع بأمر الراهن لان الاصل كان صالحاً
 لأن يكون رهنه فكذلك اختلف تبعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فحكم من تبيّن ضمناً وتبعاً ولا
 يثبت أصالة وقصد افقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة الى معنى الظلمة الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فان المقدس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في
 الفرع قياساً عليه فليتأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني المنجم له لا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) إشارة الى قوله وكذا اذا أضر المرتين ببيعته الى آخره فإنه لا يجبر المرتين على الاحتضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احتضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتين كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احتضار كلها كما لا بد من احتضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثمة وهي ليست في يد المرتين فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن في بدعده بخلاف ما تقدم فان الرهن صار ديناً بفعله فكانه متافسحاً وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافتقر قاي في النهاية جعل قوله وهذا إشارة الى قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا أى في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتين كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكف المرتين باحتضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لم يقبض شيئاً قال (وان كان الرهن في يده الخ) اذا كان الرهن في يد المرتين فهو مخير بين أن يعين الراهن من بيعه وأن لا يمكن لان حكمه الحبس (٣٠٠)

واضح وقوله (فلو هلك) أى الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاه) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتين المال للراهن أو أبراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتين بقبضه السابق وقد تقرر بالهالك فصورته مستوفية بالهالك الرهن بعد ابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد ابراء يرد للمستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وهذا بخلاف ما اذا قتل إشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل إشارة الى بيع العدل والمرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الحكاكي إشارة الى قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكف المرتين باحتضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح الكاكي ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الا صواب أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فإنه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لأن بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة الى قوله يكف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكف المرتين بالاحتضار في مسألة القتل لعدم قدرته له قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الايفاء وفيما نحن فيه يكف المرتين فيجبر الراهن اذا أحضر ولعل مراد الامام السرخسي هذا (قوله وطوبى بالفرق) أقول نفى اجمالى (قوله فإنه لا ضمان عليه استحساناً) أقول تجب المسئلة في أواخر كتاب الرهن

واضح وقوله (فلو هلك) أى الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاه) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتين المال للراهن أو أبراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتين بقبضه السابق وقد تقرر بالهالك فصورته مستوفية بالهالك الرهن بعد ابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد ابراء يرد للمستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

وقوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل إشارة الى بيع العدل والمرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الحكاكي إشارة الى قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكف المرتين باحتضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح الكاكي ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الا صواب أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فإنه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لأن بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة الى قوله يكف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكف المرتين بالاحتضار في مسألة القتل لعدم قدرته له قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الايفاء وفيما نحن فيه يكف المرتين فيجبر الراهن اذا أحضر ولعل مراد الامام السرخسي هذا (قوله وطوبى بالفرق) أقول نفى اجمالى (قوله فإنه لا ضمان عليه استحساناً) أقول تجب المسئلة في أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين عن ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما اذارده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله (لانه) أي الرهن (يبقى مضموناً مادام القبض والدين باقياً) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقياً وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقياً لأن العلة إذا كانت ذات وصفين بعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغي أن لا يبقى مضموناً بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما صرح فكان الكلام متناقضاً أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٣٠١) باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر

لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعني اذا حبسه بعد التناسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتئن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به

(وكذلك لو تفرغ الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتئن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا ليس إلا بأن يذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الابتسليط من الراهن وليس له أن يؤجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعدياً ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال

منعه اياه فانه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتئن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك قصير ورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء برد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين عن ليس عليه لغو وانتهى أقول في خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله واسقاط الدين عن ليس عليه لغو لغو ومن الكلام ههنا لأن الإبراء في مادة النقص من الراهن ولا شك أن الراهن من عليه الدين فكان الإبراء فيها من عليه الدين فلم يكن لغو بل كان اسقاطاً صحيحاً فلا ماساس لقوله واسقاط الدين عن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت للمرتئن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض صار المرتئن بالهلاك مستوفياً بنفسه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقبلاً على الإبراء في الحكم فلم يكن الراهن مديوناً وقت الإبراء سقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه اسقاط الدين عن عليه من هذه الحثية فلماذا قال واسقاط الدين عن ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقص وكان الإبراء فيه لغو ابتداء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتئن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرر بالهلاك وكون الإبراء لغو على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقص والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعاً لانه ضمان الاستيفاء فلا يثبت ذلك الا باعتبار الدين وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين بنعدم بانه عدم أحداهما ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

(قوله وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقياً) أقول فيه بحث فانه ذكر قيل هذا الكلام أنه اذا هلك الرهن في يد المرتئن بعد الإبراء يكون الإبراء لغو لكون الدين مستوفى مستنداً إلى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك لكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضاً) أقول ولا أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

(٣٦ - تسكمه ثامن) لا يطالب به لعدم الفائدة وإلى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجي عما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادته من شاهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما صرح في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضاً كما سيجي في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين مخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كرى الانهار ان قيل انما أنكروا فيه استعمال الانتفاع في معنى النفع لا مطلقاً لانا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه هنا

قال (والرهن أن يحفظ الرهن بنفسه الم) كالمه واضح والعمدة في العمال الساكنة لا النفقة ألا ترى أن المراقاة إذا رهنتم وصلت الرهن إلى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا ساكن الأب ونخرج الأب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراعي) فان أبي القاسم يأمرك المهرتين بأن ينفق عليه فإذا نفق الراعي فالمرتهن أن يضمن الرهن حتى يستوفي النفقة وإن خشي الرهن (٢٠٣)

(وأما الرهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وخدمته الذي في عياله) قال رزقي الله عنه معناه أن يكون الرهن في عياله أيضا وهذا لأن عياله أمانة في يده فصار كوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد يبيننا جميع ذلك بدلالة في الوديعة (واذا تعدى المرتفعين في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي (ولورهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضمان) لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وأما الأذن بالحفظ والتي واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولوجهه في بقية الأصابع كان رخاها في نفسه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الظيلسان أن لبسه لباسم إذا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سيفين أو ثلاثة فتقلد خاتم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان خوصي يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراعي) والاصل أن ما يحتاج إليه المصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراعي سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باقية على ملكه وكذلك منافعه ولو كره له فكون اضلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤتمن لملكه كافي الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كله ومشر به وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كدوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وحذائه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه وألده إلى المرتهن أو لدرجته عنه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الأصل حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراعي بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الأبق فانه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة اليد الاستيفاء التي كانت له لسيده فكانت مؤتمنة الرد فيه لزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراعي بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لأعادة اليد ويد في الزيادة يد المالك أذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فان كاهه انجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لا وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما العمل انما يلزمه لأجل الضمان فية بقدر المضمون ومداواة الجراحات والقروح ومعالجة الأمراض والفساد من الخنازية تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراعي خاصة لأنه من مؤن المالك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لانه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستمئاق

والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لدرجه إلى المرتهن) كعمل الأبق (أو لدرجه منه) كمداواة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراعي للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (الغائب بالعين) يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لتكون كل واحد منهما عينا ودر عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما إذا رهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيما أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذلك في استحقاق العشر آجاب

وحصول المقصود بالشئ يقرره ويبيحه وإذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبهم سلك الرهن بصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيه لزمه رد أحدهما أو الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين إلى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما ينطبق

بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه) أي وجوب العشر (لا ينافي ملكه) في جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستمئاق (قال المصنف لأنه علف الحيوان) أقول أي كعلف الحيوان من قبيز زبد أسد (قوله ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول يعني لو باع الجميع غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع (قوله وما اداءه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضى فكذلك وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به بموجب ولاية القاضى وقد قيل انه مجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن ما لم يجعله ديناً عليه بالتخصيص لان أمره ههنا ليس بالالزام فانه لا يلزمه شئ منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الاتفاق حسبة ودينا فعند الإطلاق يثبت الأدنى وقوله (وهى فرع مسئلة الجرح) (٣٠٣) فذهب أبى حنيفة أن القاضى لا يلى

على الحاضر وعندهما يلى عليه يعني عند أبى يوسف ومحمد لما نفذ جرح القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيه اضرورة

باب ما يجوز ارتهانه ولا يرتبه وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس صحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه لا يخلو عن غلطه فاسد حشو ومفسد اذا ظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس صحيح اذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً فان الشيوخ لا ينافى المانسة قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوخ فى الرهن لا يقتضى أن لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن

وما اداءه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبى حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضراً وان كان بأمر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الجرح والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

ذلك فى الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بلى احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالبراءة لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولا يمكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف فى آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقى الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضاً ما لم يسلم الى الراهن فيبقى مضموناً بالهلال الى أن يسلم الى الراهن تأمل تفانتهى والله الموفق للصواب

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس صحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه لا يخلو عن غلطه فاسد حشو ومفسد اذا ظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس صحيح اذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً فان الشيوخ لا ينافى المانسة قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوخ فى الرهن لا يقتضى أن لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعنى أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول يخالف لما قدمت به

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكر في الكتاب دليله إلا أن أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذلك دليلنا على ما سيظهر ورود لنا موقوف على مقدمة هي أن العقد وشرع لاحكامها فإذا اتفق الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يدا الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة الجانب الاستيفاء وثبوت يدا الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن البند ثبتت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير معين فتكون البند ثابتة على غير المرهون وفيه قنات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٣٠٤)

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يدا الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعندنا المشاع يقبل ما عدا الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم يكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأتى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء على أن الحكم يكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انتفى العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما عوفى عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك ما ذكر في الذخيرة والمغنى ونقل عنهم ما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن مالا لا يكون منعقد أصلا كالباطل من البيوع والفساد منه ما يكون منعقد لكن بوصف الفساد كالفساد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا لأنه فقد بعض شرائط الجواز انعقد الرهن لو جود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لا لعدم بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول إن أراد بقوله أنه لم يشرع إلا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لا يتم التقرير بذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين حاجته أولضجره انتهى واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين حاجته أولضجره أقول علل

ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أى موجب حكمه يعنى لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه يعنى ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين حاجته أو لضجره (وكل ذلك) أى كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيفاء

وأما بالنظر إلى النص فلا نعلم ما وجب القبض ابتداء وجب بقاءه لأن ما يتعلق بالحمل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ولا للحرمية في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يدا الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضى الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن وبفوت في المشاع والداعي إلى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال أحدهما يبنى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فالو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود وتكرر كلامه

(قوله وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يدا الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يدا الاستيفاء

وقوله (ولا يفنى اليه) أي إلى دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يفنى اليه الاستحقاق الحبس ولا استحقاق الحبس في المشاع لأنه لا بد من المهايأة فكأنه يقول له رهنه ذلك يوم ما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه الحبس سوى يوم فيفوت الدوام الراجب تحققة (ولهذا) أي ولأن الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أي الرهن (من شريك) على الوجهين جميعا (٣٠٥) أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل حكمه وأما على الثاني

فلا لأنه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشروع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخ في البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل وكلامه واضح قال (ولا رهن غرة على رأس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلمته علمته فان الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لا انتفاء القبض في المرهون وحده لا اختلاطه بغيره وقوله (بخلاف المتاع في الدار) يعني إذا رهن دارا مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذلك فانتفى القبض ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار فتدخل في

ولا يفنى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزه في المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنه ذلك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشايع يقبله وهما الحكم بغير ثبوت بدلا لاستيفاء المشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز زمن شريك لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشروع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل وعن أبي يوسف أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم التحلية وما يرجع إليه فلا ابتداء والبقاء سواء كالحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمه وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يبيع الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولا رهن غرة على رأس النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل في الأرض دونها) لأن المرهون متصل بما ليس برهون خلقة فكان في معنى الشائع (وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس برهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر رسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بوضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للشيء فيصير رهنها جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع النخلة (ولو كان فيه غرة يدخل في الرهن) لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعات صحته للعقد بخلاف المبيع لأن يبيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة إلى ادخاله من غير ذلك وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذلك لأنه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطوبة في رهن الأرض ولا يدخل في المبيع لما ذكرنا في الثمرة (ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقبرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها بحصته والباطل كله) لأن الرهن جعل كأنه ما ورد الأعلى الباقي ومنع التسليم كون الراهن أم متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلتقي الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنها تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سر جاعل دابة أو لحما في رأسها ودفع الدابة مع السرج والجام حيث لا يكون رهنها حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من نوابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلمتين حيث قال ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المدين الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فينتزع الدائن حاجته أو لضيق رها انتهى فليت شعري ما جعل هؤلاء الشراح على قولهم قول المصنف ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثابتة فقط

الرهن لاتصالها بها خافه وقوله (ولو استحق بعضه) يعني بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا من غير مشاع أو كان مشاعا فإن كان الأول صح الرهن لأنه تبين أن الرهن من الابتداء كان مابقي وهو غير مشاع وكان جائزا وإن كان الثاني تبين أن الرهن من الأول مشاع وهو مائع

(قال المصنف لأن الشجر اسم للنابت) أقول يعني اسم للنابت المختلط للأرض إذا المشجرة هي المختالطة

وقوله (حتى تاريد دخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمه الله اذ ارهن دابة عام الجاهل أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً وقوله (ولا يستأجر الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك شورج المأثري بالنظر على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فمأخذ من البائع رهنه لئلا يستحقه أحد وهو باطل حتى لا تاتى المرفعة بحس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع ألا وأما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن (٣٠٦) البائع دركه أولاً لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

حتى تاريد دخل فيه من غير ذكر فان (ولا يصح الرهن بالامانات) كل ودائع والعواري والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض منه ولا يثبت حتى استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا عاكك العيب لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها او هو ان يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عندها لا كمثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العبد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائماً وجب تسليمه وان كان هالكاً يجب قيمته فكان رهنه بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وادفاعة التملك الى زمان في المستقبل لا تجوز أما الكفالة فلا التزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافاً الى المسائل كافي الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عندهم لك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنك هذا لتقرضني ألف درهم وهذا في يد المصرة حيث يملك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالوجود باعتبار الحاجة

الآن قضى القاضي بتخص البيع وأما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بتخص البيع بينهم ما أولم يقض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينقص البيع بينهم ما بدون رضا البائع أو قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتائج أو التلقي من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله في الأمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالوجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى اسس متقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتياجاً للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض فان قبل فليجعل المعدوم

دون مجموع العتقين كما هو الظاهر وأعلى العلة الاولى لتقدمها في الذكركهناك والمحجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أي كل ما سمر من قوله الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أمانة له بالدوام بالنظر الى المقصود قطا فانه لو عكس من الاسناد در عما جحد الرهن والدين جميعاً فيفوت الاستيفاء انتهى فقد جعل مدار الاستيفاء في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنك هذا لتقرضني ألف درهم وهذا في يد المصرة حيث يملك بما سمى من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لأنه لا بالاقبل من قيمته ومما سمى له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقبل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يملك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جرياً على العادة اذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتضى أثره صاحب العناية أقول فيه تصويرين فان ما ذكر في الكتاب كما يشي فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتشبه أيضاً فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان

في الدرك موجوداً الاشتراك في الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجوداً اذا كان على ولانه شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكي محالاً على فصول الاستروثني (قوله لان احتمال اقامة البائع البينة على النتائج والتلقي من جهة المستحق قائم) أما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد أقول والا فرب احتمال اجازة المستحق البيع

وقوله (لأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتباره وجوده) أي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي للذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يملك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض إبقائه ما وعده وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين الدين والمقبوض عليه في جميع الوجوه ليس بال لازم واعتباره به من حيث انه يملك من مضمونا لأمانة وأما الفرق بينهم ما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعا اعتبارا أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيقدر بقدره وضمنان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالهقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل من مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمنان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو وانح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال الاوباب الاستبدال فيها مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كمالو كان الرهن عبدا لغات كان كفه على الراهن والاعيان من حيث المالية (٣٠٧) جنس واحد فان قيل لو كان كذلك

لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتمد برنا التجانس من حيث المالية في الرهن اقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر ذلك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهرا وأما حكما فكيف لان المرتهن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتباره وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا الاستبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار له باطل فيقبض اذنه (وان هلك الرهن بثن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افتقر قايلا هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاخرا السلم والمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بغيره (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يملك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا بالمبيع له أن يحبس به لاخذ المبيع لان الثمن بدله

هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمي له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيملك بقيمة الرهن اذ قد تقر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكره هنا قوله حيث يملك بما سمي له من القرض في صورة الاطلاق جريا

يصير قابضا بالهلال وكان بعد التفريق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كل رهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبس به لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كمالو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأ المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وغر رأس المال وقوله (هالك بالطعام) يشي الى أنه لم يملك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان

(قوله وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهالك بما سمي أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمنان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاضوب وضمنان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر إيجاب المسمى) أقول لانتفاء البيع وان وجد القبض بجهةه (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يملك الرهن

على المسلم اليه و يأخذ رأس المال لأن بقض الرهن صارت ماله مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار له لا اله
 الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقابلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترد رأس المال فكذلك
 ههنا وهذا لأن الاقالة في باب السلم لا تحتل الفسخ بعد ثبوتها فإهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل دفعت ربح السلم اشتغلت بماله
 الرهن من الدراهم بقدر ماله الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس ماله الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم
 اليه رد الطعام أوجب بأننا لم أن ماله الرهن ههنا من الدراهم فان تقدر بماله الأشياء بالنقد وليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره
 بها تسيرا فلا يقتضى الخرج على التقدير بغيرها ولما جعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهم ما تقدير الماله بالطعام
 تحقيقا لغرضه ما فكان الرهن من جنس الطعام تقديره فعد خلا كما اشتغلت بالذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من
 جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقي القصاص بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متفرقة لما مر اتفاقا
 لا تحتل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى غنمه أن يحبس) يعنى أدى غنمه ثم أراد فسخه للمشتري أن
 يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد ههنا بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء غنمه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك
 بغيره قال (ولا يجوز رهن (٣٠٨) الحروا والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقي) يعنى حق

ولوهذا المرهون يملك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا اشراء فاسدا وأدى غنمه له أن يحبس به المستوفى
 الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يملك بغيره فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحروا والمدبر والمكاتب
 وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يدا الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالبية في
 الحروا وقيام المانع في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
 لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن
 بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المدينون) لانه غير مضمون
 على المولى فانه لو ذاك لا يجب عليه شئ (ولا باجرة الناحية والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه
 لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز لاسلم أن يرهن خرا أو يرتنه من مسلم أو ذمى) لتعذر الابقاء والاستيفاء
 في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالمر مضمون عليه للذمى كما اذا غصبه وان كان المرتين ذميا
 يضمنها المسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فبايديهم لانهم مال في حقههم أما الملية
 فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارثانها فبايديهم كما لا يجوز قباييين المسلمين بحال (ولو اشترى
 عبدا ورهن بئنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخلل خرا أو النساء ميتة فالرهن مضمون
 لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

الحرية وله هذا الوطرات
 هذه التصرفات أبطلته
 فاذا كانت مقارنته منعه
 وقوله (ولا يجوز بالكفالة
 بالنفس) لمعنيين أحدهما
 ما ذكره في الكتاب أن
 استيفاء المكفول به من
 الرهن غير ممكن والثاني أن
 المكفول به غير مضمون
 في نفسه فانه لو ذاك لم يجب
 شئ وهما جار بان في
 القصاص في النفس وما دونه
 وأما لو رهن عن بدل الصلح
 فيهما فانه صحيح لان البدل
 مضمون بنفسه بخلاف
 ما اذا كانت الجناية خطأ
 لان استيفاء الارش من
 الرهن ممكن ولو صلح عنها

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون
 يملك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بفسر سيدلان
 كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

الرهن ممكن ولو صلح عنها

على عين ثم رهن به رهنه لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع (وكذا
 وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهننا بالدار المشفوعة
 وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون ألا ترى أنهم ما لورفعوا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر
 المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالاقول من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن
 البائع والمشتري لو اختصم الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكتفى لجهة الرهن
 وليس بوجوبه مضمونا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول وقوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم
 رد الطعام اذا كلام فيه كما لا يخفى (قوله وقوله لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره
 (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في صحيحه وذلك بتقدير المضاف أى من رهن الارش ولو قال لان استيفاء
 الارش من الرهن لكان بعدا من التكاف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يعبد أن يدعى انطواء
 التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذا استيفاء تأمل الوجوب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظمير أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهر فكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرد شيئا لأنهما مصادقان لادين فقد تصادقا على عدم الثمن وتصادقا في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة

(٣٠٩)

(وكذا إذا قتل عبدا ورهن ب قيمته رهننا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا إذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهننا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لأنه ملك الابداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتنن يحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تم لك أمانة والوصى بمنزلة الاب) في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما ودوالقياس اعتبارا بحقيقة الإبقاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الإبقاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في المال وفي هذا نص حافظ لما له نأجر مع بقاءه كما فوض الفرق (وإذا جاز الرهن بصير المرتنن مستوفيا دينه لودك في يده وبصير الاب) أو الوصى (موفيا له وينجمنه للصبي) لأنه قضى دينه بملكه وكذا لو سطا المرتنن على بيعه لأنه لو كبيل بالبيع وهما ملكا كان قالوا أصل هذه المسئلة البيع فإن الاب أو الوصى إذا باع مال الصبي من غير من نفسه جاز وتقع المقاصة ويخذه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الثمن (وإذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغيرا أو عبدا له تاجر لادين عليه جاز) لأن الاب لو فور شقيقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كافي ببيع مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو أرتنه الوصى من نفسه أو من هذين أو رهن عينه من اليتيم بحق اليتيم عليه لم يجز)

المال في المسئلة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن دلاله الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا أنما هو الإشارة إلى قوله لأنه رهنه بدوان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير للمسئلة الأولى تأمل تفهيم (قوله) وكذلك لو سطا المرتنن على بيعه قال صاحب الغاية أي كأن الاب والوصى يضمنان للصبي إذا هلك عبده الذي رهنه عند المرتنن فكذلك يضمنان إذا سطا المرتنن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ أبى عنه جدا قول المصنف في التعليل لأنه لو كبيل بالمبيع وهما ملكا كان والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصى كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليه ما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسطا المرتنن على بيع ذلك العبد فيتم بتنظيم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سطا المرتنن على بيعه إذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد مما

الصلح عن انكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن

يكون حكم المسائل

الباقية مسألة العبد

والخل والشاة كذلك

وقوله (لابنه الصغير)

احتراز عن الابن الكبير

فانه لا يجوز للاب أن يرهن

عبده بدين نفسه الاباذن

الابن وقوله (لما بينا)

إشارة إلى قوله وهذا أنظر

في حق الصبي فإن هلك

الرهن في يد المرتنن ذلك

بما فيه ويضمن الاب

والوصى للصغير قيمة الرهن

إذا كانت مثل الدين وإن

كانت القيمة أكثر ضحنا

مقدار الدين دون الزيادة

لأنهما فيها مودع ولهما

الولاية على ذلك وقوله

(وعند أبي يوسف لا تقع

المقاصة) بل يبقى دين

الغريم على الاب كما كان

ويصير للصغير الثمن على

المشتري وقوله (وإذا

رهن الاب متاع ابنه

الصغير) يريد بيان جواز

أن يكون الاب رهننا

ومرتهما بالنسبة إلى مال

واحد وهو أن يكون له دين

(٣٧ - تم كله ثامن) على ابنه الصغير فيما أخذ سار رهننا من متاعه فيكون رهننا من جهة

ابنه ومرتهما لذاته وقوله (أو عبدا له تاجر لادين عليه) قيد بذلك لأن الشبهة على ذلك التقدير أما إذا كان عليه دين

فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصى فلا أن يجز ومن الاب أولى فالرهن الوصى من عبده ولادين عليه لم يجز

(قال المصنف وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وما هو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يئاسه

كلمة عن

وذلك لا يجعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضوعين كرهه من نفسه الا أنه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصى لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على (٢١٠)

أن يبيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمنزل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمنزل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقبل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضمون في نفسه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاها ما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخافاه بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متمم فيه ولا تهمته في الرهن لان له حصة واحدة (وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ابقاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاول له التجارة تمشيرا لمال اليتيم فلا يجزى بدامان الارتهان والرهن لانه ابقاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس لادين أن يرد حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الاب يرجع به في مال الاب) لانه مضطرف فيه لحاجته الى احياء ملكه فأشبهه بمعير الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يقضيه) لان الاب يصير قاضيا بدينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذت منه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهننا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئا للصبي لانهم ما عدا كان رهن مال الصبي بدين عليهم ما عدا كان التوكيل ببيع ماله فنأين يلزمهما الضمان بمجرد تسليمهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخافاه بالاب) قلت قوله الخافاه بالاب علة للتضييق دون التضييق نأمل توقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لادين على نفسه ورهنه ما ذلك لادين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لادين على نفسه أو لادين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لانياسب سباق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذ لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصي في مضمونه لانياسب لحاق كلامه فالخلف في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أرادهم ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهم مالا على الانفرد ملك بدينه مالا على كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكلية منع ظاهر لا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاجزاء والاشجار مثلا ولا يطبق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطبق مقابله كل واحد من آحاد العسكر على الانفرد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر

(قوله لادين عليه في

الموضوعين) أقول يعني الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بئى كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

بدن على نفسه ورهنها

ذلك بدن على الصغير وذلك
لأنه لما ملك أن يرهن بدن
كل واحد منهم ما على
الانفراد ملك بدنه ما لان
كل ما جاز أن يثبت لكل
واحد من أجزاء المركب
جاز أن يثبت لكل دون
العكس وقوله (كفعله
بنفسه) أي كفعلي اليتيم
بنفسه وقوله (والحكم
فيه هذا) يعني لو كان اليتيم
بالغافرهن متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن
فهلك في يده لم يسقط الدين
لان عند هلاك الرهن
يصير المرتهن مستوفيا
ولا يمكن أن يجعل صاحب
الدين مستوفيا لدينه باعتبار
يد المسديون واذا لم يسقط
الدين بهلاكه يرجع
المرتهن على الوصي بالدين
كما كان يرجع به قبل الرهن
ويرجع به الوصي على اليتيم
وقد ضاعت العين
من مال اليتيم لانه انما
استعاره لحاجة اليتيم
وقوله (يضمنه لحق المرتهن)
يعني قدر الدين ولا يضمنه
لحق الصغير يعني قدر الزيادة
على الدين

(قوله جاز أن يثبت لكل)
أقول اذا لم يمنع مانع كافي
الجمع بين الاختين وسائر
ما لا يجوز الجمع بينهما
(قوله دون العكس) أقول
كما في الوكيلين والوصيين

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك السواد) لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك
الربي وكذلك الجدا ب الاب اذا لم يكن الاب أو وصي الاب (ولو رهن الوصي متاعا لليتيم
في دين استدان عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاغ في يد الوصي فانه خرج
من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما بينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي) معناه هو
المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعدي في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي
(ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعدي اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
(ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعدي
في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
ان كان قد حل (فان كان قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه
مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا فصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى
المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن
أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن)
لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا
قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن
له ولاية الاخذ

معاً وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجمع كل واحدة
من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو بملك عين ولا يجوز له أن يجمعهما معاً في الجماع بشئ من
دينك السببين ولعمري سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان
والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدن كل واحد منهم ما على الانفراد فكذلك بدنيهما ولم يزيدوا على
هذا المقدار شيئاً لكن لا يخفى على الفطن التأمل أن تعليلهم المسدود بدون تلك الكلية لا يفيد
الشبهة في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب
العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن
يثبت لكل بان قال اذا لم يمنع مانع كافي الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا
النقيض يحل بالمقام أما ولا فلان التعليل المسدود لا يتم اثباتاً للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع
فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان بينه في نفسه لما احتج الى ذكر جوارز رهن الاب متاع الصغير بدن
على نفسه وبدن على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جوارز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانياً فلانه
لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع
سما في الامور الهينة (قوله وله هذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير
لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لا يكون

لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعدي فيه
ولهذا يضمنه

وقوله (ياخذ به دينه) أي يأخذ المرتبة من ماضيه الوصي بمقابلته ففصله عما قبله للاستئناف وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى قوله لأنه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهم إذا رهنتم بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند الملة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وأني برواية الجامع الصغير لا تحتاجها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمقايه) يعني بذلك الرهن ببيع عقابله الدين كله وقوله (في الوجهين) يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٢١٣) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا ادرك في يده يضمنه للمرتبة يأخذ به دينه إن كان قد حصل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بتعديل هو عامل له وإن كان لم يحصل يكون رهنا عند المرتبة ثم إذا حل الدين يأخذ به دينه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لماذا كرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنتم بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند الملة بمقابلته بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير) فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بمقايه قال رضى الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور له ما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتبة ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الرافض من التضمن بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند الملة بجنسها واستيفاء الجيد بالردى جائز كما إذا تجاوز به وقد حصل الاستيفاء بالأجاء ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبقدر التضمن بتعذر النقض

يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله (ثم يملكه) يعني الرهن بملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الأول وقوله (واستيفاء الجيد بالردى جائز) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الأصح أن يقال واستيفاء الردى بالجيد جائز وإنما قلنا إن هذا أصح لوجهين أحدهما أن الاستدلال بقوله كما إذا تجاوز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال واستيفاء الردى بالجيد لأن التجاوز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الردى مكان الجيد ولأن جواز استيفاء الجيد بالردى لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشئ آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فإن وضع المسئلة

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فإن الاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له إذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب أقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي الجامع الصغير) فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بمقايه قال في العناية وأني برواية الجامع الصغير لا تحتاجها إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعننا فيه لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغوا ولا يخفى أن رواية القدوري ليست محتاجة إلى تفصيل كثير مثل ما تحتاج إليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده

فيما إذا استوفى المرتبة بعشرته فيمده ابريق هي أقل من العشرة لرداءة فكان المرتبة مستوفيا الردى بمقايه وقيل جيبه وأني أن ما في النسخ حق ويقيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالأجاء) لما عرف أن قبض الرهن ثبت الاستيفاء ولا ينتقض الأبارد والقرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو ما أن يكون الراهن أو المرتبة لا سبيل إلى الأول لكونه متعذرا لطلبه ما يضره ولا المرتبة لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ولأنه يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمن

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما لم يذكرهما كدراهم والدنانير (قوله وأني برواية الجامع الصغير لا تحتاجها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل

وقوله (قبل هذه فربعة ما اذا الخ) انما يتصور جعلها فربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابيان رحمه الله ان محمداً مع أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمداً مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينه مقام ماله عليه من الدين والزئوف لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلاً للرد بالضممان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزئوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض الحقيقية والاستيفاء وهذا المسئلة في اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذلك في الرهن وعند محمد انما يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأ أولى لانه وجدده للمرتن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعله أن بالهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار الوزن ولم يوجد حقه وقوله (ولو انكسر الابريق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وهنأ من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفسك لأنه ان أجبر عليه فاما أن يكون

(٣١٣)

مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتن يصير قاضياً دينه بالجودة على الافراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالنكسار وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتن قبض الرهن سلماً عن العيب وبالنكسار صار معيباً فيصل اليه حقه ناقصاً اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفسكه بما فيه أي بالدين

وقيل هذه فربعة ما اذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهل كت ثم علم بالزئوف لا يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمداً مع أبي حنيفة وفي هذه مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها أو الزئوف لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عند التضمين ولو انكسر الابريق في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفسك لأنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضياً دينه بالجودة على الافراد ولا الى أن يفسكه مع النقصان لما فيه من الضرر بخيرناه ان شاء الله فتمسكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهناً عند المرتن والمكسور للمرتن بالضممان وعند محمد ان شاء افتسكه ناقصاً وان شاء جعله بالدين اعتباراً بالحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفسك مجازاً صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذلك اقيمها هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أنه المصنف في مقدار عام جانبي الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغما قاله ذلك البعض كالأيني (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقفي أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغاً فتكون رهناً عند المرتن وبذلك المكسور بالضممان وقال محمد ان شاء افتسكه ناقصاً وان شاء جعله بالدين اعتباراً بالحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفسك مجازاً يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفسكه مع النقصان بقي أن يفسكه مجازاً وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفسك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذلك اقيمها هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضموناً بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس السككي بأن يصير الرهن مملوكاً للمرتن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

(قال المصنف وقيل هذه فربعة ما اذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية لكون هذه فرعة تلك دون العكس بل الظاهر أن كلهما فرعا أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كالأيني على أولى النهي الآن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعند محمد) أقول على رواية عيسى بن ابيان (قوله لعله أن بالهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وقوله (ياخذ بدينه) أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فضله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله
لانه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون
والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فإن رهنها بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة ولا معتبر
بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة ورجحه الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمافي) يعني فذلك الرهن ببيع بمقابلة الدين كله وقوله (في الوجهين)
يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٣١٣) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا ذلك في يده يضمنه المرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حصل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس
بمعدل هو عامل له وإن كان لم يحصل يكون رهنها عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذه بدينه منه ويرجع
الوصي على السبي بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنها بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن
اختلفا في الجودة) لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لان عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه (وفي
الجامع الصغير فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بمافي) قال رضي الله عنه معناه أن
تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن
كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لمافي من
الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمن بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردى جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن
نقضه بالاحتياج الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر
التضمن بتعذر النقض

يعني عند أبي حنيفة
رجحه الله بملك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسه وقوله
(ثم يملكه) يعني الراهن
يملك الرهن الذي جعل
مكان الرهن الاول
وقوله (واستيفاء الجيد
بالردى جائز) قال في
النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الاصح أن يقال
واستيفاء الردى بالجيد
جائز وإنما قلنا ان هذا
أصح لوجهين أحدهما أن
الاستدلال بقوله كما اذا
تجوز به أي في بدل الصرف
والسلم يؤذن أن الاصح
أن يقال واستيفاء الردى
بالجيد لان التجوز إنما
يستعمل فيما اذا أخذ الردى
مكان الجيد ولان جواز
استيفاء الجيد بالردى
لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج
الى الاستدلال بشئ آخر
والثاني الاستدلال بوضع
المسئلة فان وضع المسئلة

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال
في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك
كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب
ولا في عدم لزومه شئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي
الجامع الصغير فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بمافي) قال في العناية وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية
القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو لا يخفى أن رواية القدوري ليست
بحاجة الى تفصيل كثير مثل ما تحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس من ادعاه العناية أن
رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة الى ذلك بل مراده

قيما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءة فكان المرتهن مستوفيا الردى بمقابله
جيده وأرى أن ما في النسخ حق ويقدم ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليتامل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن
قبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والقرض عدمه ولا يمكن نقضه بالاحتياج الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو ما أن
يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه معتنا اطلبه ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالب ولا يانم تضمين
الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمن

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع
الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل

وقوله (قيل وهذه فرعية ما إذا الخ) اغاية تصور جعلها فرعية تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمد دافع أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمد دافع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لرد المضممان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل إن الزئيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهنالك المستوفي إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجوده فكذا في الرهن وعندهما هنالك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجوده فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأ أولى لانه وجددها للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد حقه وقوله (ولو انكسر الارباق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الارباق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفسك لانه ان أجبر عليه فاما أن يكون

(٣١٣)

مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جوده الارباق بالانكسار وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سلمه عن العيب وبالنكسار صار معيما فيحصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفشكه بما فيه أي بالدين

وقيل هذه فرعية ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهاكت ثم علم بالزئافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمد دافع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الارباق ففي الوجه الاول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفسك لانه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد ولا الى أن يفشكه مع النقصان لما فيه من الضرر بخيرناه ان شاء افتشكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمنان وعند محمد ان شاء افتشكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفسك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدروري كما أنه المصنف في مقدار غمام جاني الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتنى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن وبذلك المكسور بالضمنان وقال محمد ان شاء افتشكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفسك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفشكه مع النقصان بقي أن يفشكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفسك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشرووع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس السككي بأن يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

(قال المصنف وقيل هذه فرعية ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية لتكون هذه فرعية تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرعاً أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولى النهي إلا أن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفي عبارته تصحيح الحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شأنا كل ذلك (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كاديين قيمته ثمانية لوجود عشرة فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن إيراد ما من جنسه ويكون رهناعنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسر له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلاله والهلاله عنده بالقيمة يعني في هذا التعليل وهو ما إذا كانت قيمة الأبريق أقل من وزنه فإنه من فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه بطول وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كاديين قيمته أكثر من وزنه اثني عشر لوجوده وسنأخذ فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهناعنده وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته وبذلك خمسة أسداس الأبريق ويشترط سدسه حذرا (٣١٤)

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو يرد بها من جنسه وتكون رهناعنده وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلال والهلاله عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهناعنده لأن العبرة بالوزن عنده لا بالجودة والرداءة فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وإن كان بعضه فبعضه وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الأبريق له بالضممان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسر رهناعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

شخصه رحمه الله أن التقص بالانكسار أن كان درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفسكه بقضاء جميع الدين وإن كان أكثر من ذلك يجبر الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتمن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجهه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الأموال الربوية بالوزن لا بالجودة والرداءة فإن كان الرهن باعتسار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وإن كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم

أقول لم أذكر كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه إذ قد صرح المصنف بأن بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة وفي تلك المسئلة لأن محمد أباها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك أنما يتصور على ما روى عيسى بن أبيان أن محمد أباها مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين إنما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبيان فيها فإن قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بنافي البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الأصح كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا وبفسح عما ذكرنا تحريراً صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزبوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وملك الزبوف عنده ثم علم بالزيادة فانه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يضمن مثل ما قبض وبأخذ مثل حقه وقول محمد أولاً كقول أبي حنيفة وأخراً كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبيان والأصح أن هذه مسئلة مبتدأة لأن محمد أباها مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

الجودة على المضمون والأمانة خاصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة أشلا يكون حكم البيع مخالفاً لحكم الأصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلال أن حالة الهلال حالة استيفاء فبقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي منزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة بشيعة في الوزن والجودة لأن الجودة متقومة في ذاتها بلبس اعتبارها عند المقابلة

(قوله وفي عبارته تصحيح الحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شأنا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الرباط) أقول فيه بحث بل التقييد بالجياد لا يذنب لأنه لا يلزم الرباط في خلاف الجنس وإن ضمن بالجياد فليست أملا فإن مراده تعليل تقييد ضمان الجياد بكونه خلاف جنسه فإن المرتمن بملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية إن ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بمخلاف جنسها وفي تصرف الميراث) فانه اذا باع قبل اوزنه عشرة و قيمته عشرة وعشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر بخروجه من الثلث
 واذا رها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لان كونها رها في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كل زيادة في الوزن فامكن اعتبارها
 وبصير خمسة أسداس الاربع مضمون الجودته وصنعتة وسدسه أمانة فالنغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر
 وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن
 مضمون والجودة أمانة للناسبة لأن الجودة تابعة للوزن (٣١٥) لا تنفصل عنه وصفة الامانة

في المرهون كذلك فيجعل
 الاصل في مقابلة الاصل
 والتبع بمقابلة التبع
 واذا ظهر ذلك فان زاد
 النقصان على الدرهمين
 وقع النقصان في المضمون
 وهو العشرة بالانكسار
 والانكسار عنده كالهلاك
 وفي هذا الفصل عند
 الهلاك يصير مستوفيا
 دينه فكذلك عند
 الانكسار يكون مضمونا
 بالدين ويتخير الراهن كما
 ذكرنا وان لم يزد على

بمخلاف جنسها وفي تصرف الميراث وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعنا فامكن اعتبارها
 وفي بيان قول محمد فوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزوائد مع جميع شعبها قال (ومن
 باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس
 والاستحسان اذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة
 في صفقة وهو ممنوع عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه
 الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان
 الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن
 ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افرق لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فيبقى الاعتبار لعينه
 فيفسد ولو كان غائبا حاضرا في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال
 زفر بجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فليزمه بلزومه
 ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع
 بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه وما رضى الابيه فيتخير
 بفواته (الا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنًا) لان يد الاستيفاء
 تثبت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس
 والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملائمة أقول ليس هذا
 بسديد اذ لا يساعد محرم المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام
 المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما
 لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو أي هذا
 المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى
 صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم
 للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا) وكان الكفيل غائبا حتى افرق لم يبق معنى
 الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شيء وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام المدعى فانه
 انما يشي فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي
 الجهالة لجواز أن يكون معينا او ما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل
 غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة في
 التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

الدرهمين وقع النقصان
 في الامانة والرهن والمضمون
 باق على حاله فيخير الراهن
 على الفكك كالمو لم ينقص
 منه شيء واعلم أن الدرهم
 والدرهمين ليسا بحد فاصل
 في ذلك وانما الفاصل
 نقصان مقدار الصناعة
 كائنا ما كان وانما وقع
 الدرهمان ههنا باعتبار
 أن الزيادة في المسئلة
 مفروضة بذلك قال (ومن
 باع عبدا على أن يرهنه
 المشتري شيئا بعينه الخ)
 كلامه واضح وقوله (لم

يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير
 معين والكفيل غائبا فاعتبار معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشرة حقه أو يعطى كفيلا غير ملي وليس في ذلك من
 الوثوق شيء فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بمخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الرها فانه اذا ضمن بجنسه تلك المراتب عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة
 أسداسه من خلاف جنسه) أقول جذا راعى الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدينارهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد بثوبه بغير المشتري والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنما حتى أعطيك ثمنك فيؤذهن بخلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الشكك فإذا صرح به ذاع علم أن مراده الرهن

فصل في وجه الفصل كون (٣١٦) **الرهن متعددا ولا يخفى في تأخر التعدد عن الأفراد** قوله (وصار كالبيع

في يد البائع) في أن المشتري إذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فإذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا كالرهن بعدين بألف كل عبد بمائة ثم قضاه فسميته فكذلك الجواب في رواية الأصل وفي الزادات أنه أن يقبض إذا أدى ماسمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (الآليري)

قال (ومن اشترى ثوبا بدينارهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالنوب رهن) لأن أنى عيانى عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالته وقال زفر لا يكون رهنًا ومثله عن أبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقتضى بثبوت خلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده إلى الاعطاء علم أن مراده الرهن

فصل في ومن رهن بعدين بألف ففرض حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الأصل وفي الزادات أنه أن يقبضه إذا أدى ماسمى له وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بالتفريق التسمية كافي المبيع وجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز الكفيل غائبًا لكن فيه ما فيه تأمل ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسنًا نافع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر إلى معناه وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبًا فمات معناه وهو الاستيثاق لأن المشتري ربما أتى بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلًا غير ملىء وليس في ذلك من الثبوت شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولا فلأنه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبًا فمات معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسئلة الكتاب وأما ثانياً فإلان قوله في التعليل أو يعطى كفيلًا غير ملىء لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبًا فمات معناه غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضى عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري الكفالة رجلاً ملىءاً غائباً عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلًا غير ملىء بعد أن عين الملىء الكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائباً أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائباً فمات معناه في المجلس وقبل صحت تدبر

فصل في قال في العناية أخذ من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا يخفى في تأخر التعدد عن الأفراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر إلى المسئلة الأولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه إذ لا تعدد في الرهن في شئ منها وإنما التعدد في المرتبة من في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالأولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتبة أو الراهن متعددا كما أشار إليه في غاية البيان فحينئذ ينظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما نرى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

والهلال قبل القبض بطله فعدم ما تقدم بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يملك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فإنه بالهلال ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

فصل في ومن رهن بعدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرتبة (قوله وهذا لأن البيع الح) أقول قوله وهذا أى وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الأول ويتمكن الراهن بأداء حصة أحد الرهنيين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة إلى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فسكاند رهن كل عبد بعد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعته عبدين بألف كل واحد منهما مائة مائة فقبل المشتري العدة في أحدهما دون الآخر لم يجز كافي حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تسليم والهالك قبل القبض بطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عاتيه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهالك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكالك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المرتن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المشتري العدة في أحدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما إلى وهو ما ذكرناه قولا هما وهذا لان البيع عقد تسليم الخ والاول منهما سالم والثاني منطوق فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تسليم الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لمة الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما اقرت قالان ضم الردى الى الجسد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجسد فيتنسب به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتنسب به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرط في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النباهة والعناية فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصصة كل عبد من الدين فيها غير معاوم بيقين فرجما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يمين هذا من ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تنفض الى المنازعة فأعند التفصيل حصصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هنالك تنفض الى المنازعة فلم يذاعن من فكالك البعض بقضاء بعض الدين

(قوله فانه بالهالك ينتهي)
أقول أى بالهالك في
يد المرتن (قوله فلو تمكن
من استرداد) أقول أى
فلو تمكن الراهن

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فسكاند رهن كل عبد بعد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعته عبدين بألف كل واحد منهما مائة مائة فقبل المشتري العدة في أحدهما دون الآخر لم يجز كافي حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تسليم والهالك قبل القبض بطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عاتيه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهالك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكالك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المرتن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المشتري العدة في أحدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما إلى وهو ما ذكرناه قولا هما وهذا لان البيع عقد تسليم الخ والاول منهما سالم والثاني منطوق فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تسليم الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لمة الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما اقرت قالان ضم الردى الى الجسد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجسد فيتنسب به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتنسب به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرط في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النباهة والعناية فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصصة كل عبد من الدين فيها غير معاوم بيقين فرجما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يمين هذا من ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تنفض الى المنازعة فأعند التفصيل حصصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هنالك تنفض الى المنازعة فلم يذاعن من فكالك البعض بقضاء بعض الدين فلو تمكن من استرداد البعض بقضاء بعض الدين

قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم تعرض لكونهم مائتين يدين في الدين أو غير ذلك لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما ديناً والآخر ديناً لئلا يخل في ذلك سواء وقوله (لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا يشيوع فيه) قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمتهما الله فإن العقد بينهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين بل بالنسبة على المناصفة والجواب أن (٢١٨) إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للمالك كالهبة

والمبيع فإن العين الواحدة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليها بالتجاوز والرهن غير مفيد للمالك وإنما يفيده الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحرياً بالتجاوز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعاً ما نفع عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) يشير إلى أن ارتهاك كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن وقوله (لأن جميع العينين رهن في يد كل واحد منهما من غير تنسيق) اعترض عليه

قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا يشيوع فيه وموجبه صيرورته محتبساً بالدين وهذا لا يقبل الوصف بالتجزئ فصار مجموعاً لكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة (فإن تمهاياً فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته إذا استيفاء ما يتجزأ قال (فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنًا في يد الآخر) لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله) فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا يشيوع فيه) قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين بل بالنسبة على المناصفة والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للمالك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليها بالتجاوز والرهن غير مفيد للمالك وإنما يفيده الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحرياً بالتجاوز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه إلى هنا كالأدلة أقول هذا السؤال والجواب على التفرق بالمد كوريليا يصحح في حق الهبة إذا تفرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها لهما وإنما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى إلى ما صرح في كتاب الهبة من أنه إذا وهب اثنين من واحد داراً جازاً لهما ما سألما حاجلة وهو قد قبضت حاجلة فلا شيوع وإن وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يصح لأن هذه أشبهت بالجهة منهما إذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوع كقول رهن من رجلين وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لأن المالك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما ما كلاً ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن انتهى فلا معنى لنقص ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلاً ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله) وإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنًا في يد الآخر لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق قال في العناية أخذ من النهاية اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحق في الاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

(قوله) لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان

المراد بذلك (قال المصنف) فإن تمهاياً فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) أقول هذا إذا كان مما لا يتجزأ فقطاً وان كان مما يتجزأ رجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأصل المسئلة لو ديعاً فيما إذا ودع رجل عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع أحدهما كله إلى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافاً لهما كذا في شرح الزبلي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين

بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فثبت أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليه ما رجلا رهنا الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاء آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها ووجهها ان العبد اما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يدا أحدهما فان كان في يدا أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة انه الأول فانه صريح

(٣١٩)

وان لم يكن في يدا أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر في القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين والرهنة أن يحبسك حتى يستوفي جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكاه رهنا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهازل ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناهما معا اذا جهل التار يخينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلامهما أثبت بينته حسبما

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك ~~لكن~~ يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فثبت أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي في فرع عليه اقوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقياً بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقى كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لانه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهازل) أقول هذا اذا لم يؤثر خافان أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لانه أثبتته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن في يدا أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة وشراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي واذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله ووجهها ان العبد اما أن يكون في أيديهما أو لا في يدا أحدهما) أقول لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يدا أحدهما فانه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الأولى فان كونهما مسألة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الأولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول لتعليل لقوله يثبت في جميع الرهن

باب الرهن بوضع على يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقف وحكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن (٣٣٠)

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء ثبتت عبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو ذلك يهلك امانة لان الباطل لاحكمه قال (ولومات الراهن والعبدي أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما منصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كافي حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد اذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضرمه وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضرمه وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأ أو أودعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة ثم اتزنت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

باب الرهن بوضع على يد العدل

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل بدل المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانه عدم القبض ولنا أن يده على الصورة بدل المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يضمن والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجه في هذه المسئلة وجعلتها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن نقيم الآخرة بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهم فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكرنا من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور فروع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما المذكور ترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التناهي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد به أقول المصنف ولومات الراهن والعبدي أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ فان محمد انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لافي المسئلة الثانية فكان حق قوله ان يزور أن يذ كر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

باب الرهن بوضع على يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن يبيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاثنى رجعهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة التوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

واعا

باب الرهن بوضع على يد عدل

(قوله ورضيا يبيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا أي يده الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالاولى أن يقال سواء رضيا يبيعه الرهن أم لا قال الانصاري قال الخا كم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لأن نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير إلى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتين في حق المالية والضمنان إنما يكونان من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به. فإن قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتين حقيقة وهو شرط ولا يحكم أن ذلك إنما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حتما مستحقا لا مبرو بعقد الرهن لم يصرف القبض حقا حتى كان للراهن أن يمنع منه منه وأما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل

(٢٢١)

لوانفق على قبض الراهن لم يتم فكذلك الزايف على قبض العدل فالجواب أنه نائب من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسح للعقد والراهن يتقرب به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقسوله

(لا يقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الأمر إلى القاضي أحدهما أما الراهن أو المرتين وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الزايف الدين والحال أن العدل

وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتين ولا للراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتين به استيفاء فلا يملك أحدهما بطلان حق الآخر (فلو ذلك في يده ذلك في ضمان المرتين) لأن يده في حق المالية يد المرتين وهي المضمونة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتين ضمن) لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتين في حق المالية وأحدهما أجنب عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنب (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد استهلك المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لأنه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاهما منه ويجهلاهما رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لو وصل المرادون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتين ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد (وان كان ضمنهما بالدفع إلى المرتين فالراهن يأخذ القيمة منه)

بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيما آخر حيث قالوا وضما يبيعه الرهن عند حصول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منه ما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو القالب والافراض ما يبيعه الرهن عند حصول الاجل ليس باصر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحماكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه أمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير إلى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتين في حق المالية والضمنان إنما يكونان من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلامة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فإن عدم قول الخصم بذلك لا يفتضى سقوط السؤال المتجه على أصلنا فلا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للأهل مذهب ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور عليه بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهم ما أو برأي القاضي عند العدل

ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له أي للعدل لأن كل ذي حق وصل إلى حقه الراهن إلى الرهن والمرتين إلى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبذله من حيث المالية في حق المرتين وإن كان ضمنهما بالدفع إلى المرتين فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي) أقول قال الاتقاني وذلك ليس بشئ لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهم ما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي

لان العين لو كان قائما في يده اخذها اذ ادى الدين فكذلك ما يقوم مقامه ولا جع فيه بين البذل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بنظر ان كان العدل دونه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باءا اضمحان ملكه وتبين أنه أعار وأودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه الميرتهن وان كان العدل دفع الى المرتهن رذبا ان قال عددا رهنك خذ به حقه واجبه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه اضمحان رقبته (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعني بدون رضا المرتهن رقبته (ألا ترى أنه) أي أن (عقد الوكالة) (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أي عقد الرهن وقوله (لانه)

أي عقد الوكالة (لازم لان العين لو كانت قائمة في يده ما أخذها اذ ادى الدين فكذلك ما قام مقامها ولا جع فيه بين البذل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيره ما يبيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه لو كيل ببيع ماله (وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم يعزل) لانها شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالو كيل بالخصوصة بطلب المدعي (ولو وكاه بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهام عن البيع نسيئة لم يعمل غيبه) لانه لازم بأصله فكذلك بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا يعزل لانه لو كاه وانما وكاه غيره (وان مات الراهن لم يعزل) لان الرهن لا يبطل بعوته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (ولو كيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بعوته ما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبي يوسف ان وصى الوكيل بملك يبيعه لانه لو كاه لازمه فيما كاه الوصي كما مضى اذ مات به ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا فلما التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتحن أن يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى يبيعه (وليس للراهن أن يبيعه الا برضا المرتحن) لان المرتحن أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصوصة وغاب الموكل فأبى أن يتخاصم أجبر على الخصوصة) الوجه الثاني وهو أن فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتحن لا يملك بيعه بنفسه فلم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) اقامه مقام ما كان مقبوضا

الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول ان كان وجهه بجمعه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأي الراهن والمرتحن مع أن الحكم فيه أيضا

فان لم يجد ما حبسه أيا ما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قوائمه ظاهر وأما على قول أبي حنيفة واذا رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رجعهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المدين وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه اتواء حقه وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول) ذكر في المبسوط أن ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب في الفصلين) أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أي يجبر فيما (ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير) حيث قال فيه اذا أتى الوكيل بجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا

(واذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القائل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه أى هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضم غيره) أى ليس للعدل أن يضم المرتهن غير الثمن الذى أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضا حقه شكر الله عليه سوى ألفاظ (٣٣٣) ونما نرفضها زيادة ابضاح

فقوله (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله (وان ضمن البائع) أى العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن بشئ وقوله (فاذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أى بأداء الثمن الى المرتهن وقوله (فله) أى فلما عدل وقوله (بطل الاقتضاء) أى بطل قبض المرتهن وقوله (انما أداه) أى انما أدى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أى بالثمن وقوله (لان المقبوض سلم له) أى لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وان شاء على المرتهن) أى وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذى أداه اليه وقوله (فيرجع به) أى فيرجع المرتهن بحقه الذى هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقضى) أى على القابض وقوله (فيه يكون المبيع لحقه) فاذا وقع البيع لحقه وسلم جاز أن يلزمه

واذا توى كان مال المرتهن ببقاء عقد الرهن في الثمن اقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القائل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتل العبد قد دفع به لاند قائم مقام الاول لجاود ما قال (وان باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه وليس له أن يضمه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لاند غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لاند متعدي في حقه بالمبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وضح الاقتضاء لاند ملكه بأداء الضمان فتمين أنه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع نفذ البيع أيضا لاند ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لاند وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وضح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ به عليه فصار الثمن له وانما أداه اليه على حساب أنه ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فله مستحق أن يأخذه من يده لاند وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتمتعلق بحقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وانما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولأن المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق للعدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فالارجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه يتعلق بحق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكرنا كرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأى القاضى لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيًا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أى الوكيل الذى لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التى بعد العقد فقال في الوكيل الذى كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن (قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار الى قوله وليس له أن يضم غيره) أقول والظاهر أن يكون له مستحق خيار تضمين المشتري أيضا لانه متعدي بالأخذ والتسليم امكن لم يذكر

لا على المرتهن لأنه لم يتعلق به ذاك التوكيد حتى المرتهن (وقوله متعد في حقه بالتسليم أو بالتبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالتبض فمرئ كان غاصب وغاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضائه) أي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون به لا كما مستوفيا وقوله (طعن أبي خازم) يعني هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المجبنة على محمد بن الحسن رحمه الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاشي الحنزي بغداد وقوله (والغرور بالتسليم كاذ كرهناه) يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أي الى الراهن (كأنه وكيل عنه) أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كاستئصال الملك من التوكيد الى الموكل (والمالك بكل ذلك) أي بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فلما دللنا على انتقاله من الرهن غير ملكه وأما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق وإذا ضمن ملك المضمون راكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين انتقض لأنه صار غاصبا في ملك الرهن (٢٢٤)

رهن غير ملكه ولا يشكك اذا استحق رأس مال المضاربة ومنه المضارب ذاته يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان المالك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالفور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلما دامه حكم الابتداء وقد تسدم فصار كانه أنشأ العقد بعد الرجوع فية قدر بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس ادوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الرجوع الاول) يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان القبض السابق على الرهن فيستند المالك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طوّلنا الكلام فيه في كفاية المنتهى) يتعلق

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره
قال (واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) راجع الى القاضي وأما اذا كان مبنيا للذلول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيحمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في بغير العدل الاول فأمره حين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في العدل الاول وبين أن جعلت رهنا في بغيره تظاهرا اكتفى بذكر الاول رومالاختصار

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره
لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره متأخرا طبعه اعم من كونه رهنا أو نهوضا ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة

القبض السابق على الرهن فيستند المالك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طوّلنا الكلام فيه في كفاية المنتهى) يتعلق قيل مرادهم مسألة المضاربة والفرق بينهما وبين مسألة الرهن وقيل يحتمل أن يكون مالم كان الرهن عبدا فابقى ضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه لا رهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لأنه لما استحق بطل الرهن لما قام ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره
التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فلو كان متأخرا طبعه اعم من كونه رهنا أو نهوضا قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرخون فاسد وفي موضع قال جائز والعصم أنه جائز موقوف (قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول لتعليل لقوله ولا يشكك اذا استحق رأس مال المضاربة

وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا آجازه وسلمه ذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفاً كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان أجاز المرتن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضياً وكذا لقضاء الراهن دينه فان أجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبي يوسف (٣٣٥) رحمه الله أنه ان شرط عند

الاجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازه المرتن بسبب جديده فلا يصير رهناً من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله (وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه) أى لالى المرتن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتن ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو أجاز المرتن البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو أجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن لبيع فأيهما أجاز المرتن وسلمه اليه نفذ وأخذ الثمن ويكون رهناً عنده وانما خص اجازة البيع الثاني

لتعلق حق الغير به وهو المرتن فيتموقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقه بهم به (فان أجاز المرتن جاز) لان التوقف سلفه وقد رضى بسقوطه (وان قضاء الراهن دينه جازاً ايضاً) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل (واذا نفذ البيع باجازه المرتن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبذل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع رضا الغرماء ينتقل حقه الى البذل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا (وان لم يجز المرتن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بالعقاده هذا العقد فبقى موقوفاً فان شاء المشتري صبر حتى يقتل الراهن الرهن اذ المجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى والقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتن فالثاني موقوف أيضاً على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتن من البيع الثاني جاز الثاني (ولو باع الراهن ثم اجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتن هذه العقود جاز البيع الاول)

محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا آجازه وسلمه كذا في العناية وغيره من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغاوة وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (وقوله لتعلق حق الغير به وهو المرتن فيتموقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينفذ بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لا نعدم القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتن فيتموقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بالانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسئلة مسألة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لا نعدم

(٣٩ - تكملة ثامن) لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقاً ولا يصح هو

(وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفساد ولا باطل في الحال

والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل باجزائه الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه
تعلق به حقه وان كان عن غير لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانياً وأجازته المرتهن كان الثمن رهنًا عنده فكان ذا حظ من
العقد الثاني لتعلق حقه ببسطة فيصير تعيينه واذا أجز به البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جازا لبيع الاول
وسماه أو لا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كإتي الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه
كإتي الاجارة فانه فيما بدل عن المنفعة وحقه في مال الهبة العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا
لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق
الراهن عبدا الرهن نفذ عتقه الخ) اذا أعتق الراهن عبدا المرهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعي رحمه الله أقوال شمرل
النفوذ وعنده والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل أولى لانه أسرع
نفوذ من العتق حيث جاز في الكتاب (٢٣٦)

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببسطة فيصير تعيينه لتعلق فائده به
أما لاحق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مال الهبة العين لاني المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه قال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق
قال (ولو أعتق الراهن عبدا الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان العتق معسرا
لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فأشبهه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض
أقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمن وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدهتها اذا
الحرب قبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبي وتا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه وعدم اذن
المرتهن كما اذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الابق أو الموصوب ولا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام المقضى وعارض الرهن لا يبي عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك
المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشتري بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على
التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة

ذلك صح كما اذا أعتق العبد
المشتري قبل القبض أو
الابق أو الموصوب فانها
تسرك المرهون في ثوات
يد المالك وفي انتفاء القدرة
على التسليم ان باع فكان
المقتضى منقضا والمانع
متفيا فثبت الحكم
أما تحقق المقضى فلا أنه
تصرف صدر عن أصله
ولا نزاع فيه مضاف الى
محله لانه لا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام مقتضيه
وهو السبب الموجب لملكه
قبل الرهن وأما انتفاء
المانع فلا نعارض التمسى
لا يبي عن زواله لان موجب
عقد الرهن اما ثبت بد
الاستيفاء للمرتهن كما هو
عندنا أو هو حق البيع كما
هو مذهب الخدم على

القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لان يد
المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يقتضى الى الملك يقتضى الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع
الابق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر اليه اذ لا بدل نفاذ اعتاق الابق كذا في الكافي وغيره واعتراض عليه
صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف و بينهما فرق اذا اناسد
ملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع النضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد
انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو اتقنى
القدرة على تسليمه بالكتابة والمتفق في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء

ما تقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد
أزاله بالاعتاق صح وبزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا أعتق أحد الشر يكتن نصيبه لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما يمنع الاعلى وهو حقه مقة الملك للشر يكتن عن صحة العتق فلا ن لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن أولى فان قبل ليس المانع منحصرا
فما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة آجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن
انما يصلح مانعا في البيع والهبة لانعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بوجود في الاعتاق فلا يصلح
مانعا وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مرض
أوصى برقبته عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لخلق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه
أن ذلك لا يلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لانه يعقب في الحال

(قوله آجاب بقوله وامتناع النفاذ الى قوله وليس ذلك بوجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا) أقول وأيضا الاعتاق لا يقبل الرد والفسخ
فكذا التوقف بخلافه ما فليأمل

وقوله (واذا انفذ الاعناق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الاعناق واذا نفذ الاعناق بطل
الرهن لقوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس) (٢٢٧) حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من

السعاية بخلاف جنس
حق المرتهن فانه لا يقضى
به دينه بل يبدل به جنس
حقه ويقضى به دينه
وقوله (لانه لما نذر
الوصول) دليل وجوب
السعاية على العبد وقوله
(نذكره) يعني في هذا
الباب في مسئلة استيلاء
الامة المرهونة وقوله
(وعندهما التكميل) يعني
وان عتق عندهما لكن في
عتقه نقصان لكونه مطلوباً
بالسعاية فاذا أداها كل
العتق وقوله الارواية
عن أبي يوسف رحمه الله
فان المبيع محبوس في يد
البائع كالرهن في يد المرتهن
وقوله (والمرتهن ينقلب
حقه ملكاً) يعني أن الرهن
اذا ملك في يده كان ملكاً
من حيث المألية وباق
كلامه واضح قال (ولو دبره
الراهن صح تدبيره الخ)
الراهن اذا دبر الرهن صح
تدبيره بالاتفاق أما عندنا
فظاهر لانه يوجب حق
العتق وحقيقته لم تمنع
حقه أولى وأما عنده أي
عند الشافعي رحمه الله
فلا لانه لا يمنع البيع فلا
يبطل حق المرتهن وقوله
(واذا صح) يعني التدبير
والاستيلاء (خرجاً) أي
المدير وأم الولد يعني عندنا

واذا نفذ الاعناق بطل الرهن لقوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسراً والدين حالاً طول
بأداء الدين) لانه لو طول بأداء القيمة تنفع المداصرة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلاً
أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة
فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسراً سعى العبد في قيمته
وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما نذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق
يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة
أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه
قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعي في الاعناق
لانه يؤدي ضماناً عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التكميل وهذا يسهي في ضمان على
غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعي المشترك في حالتي
المسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته
الثابتة للشريك الساكن فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهرها انقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الارواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق
البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في
الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه
الاسترداد فلما أوجبنا السعاية قيم ما استوفينا بين الحقين وذلك لا يتجاوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال
(له رهنتك عند فلان وكذب العبد ثم أعتقه فوجب السعاية) عندنا خلافاً للزفر هو يعتبره بأقراره بعد العتق
ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال عياله التعلق فيه لقيام ملكه فصيح بخلاف ما بعد العتق لانه حال
انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عندنا لان التدبير لا يمنع
البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصح بأدنى الحقين وهو
مال الأب في جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا صح ما من الرهن) لبطان الحلية اذا أصبح استيفاء الدين
منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعناق (وان كان معسراً
استسعى المرتهن المدير وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في
الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق
المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدباه من مال
المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلاً يسعى
المدير في قيمته فانه عوض الرهن حتى تجبس مكانه قيمة قدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه
يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدير وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان
كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال
(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد
الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلاً فوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ لو احدهما
تحصل القدرة على التسليم فينتقل البيع كما في البيع الفضولي (وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)
قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما واقفي أثره صاحب معراج الدراية
وصاحب الغنية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وأما عنده فان المدير لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفاً وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوفه
على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما

وقوله والواجب على هذا المستملك يعني الاجنبي وقبده ذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لايوم ذلك كما
سيجيء وقوله (كلهم اهلك بآفة سماوية) يعني تكوثر الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل
عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا وأوجب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى
ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك (٣٢٨) الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

عند القتل بخلاف ما اذا لم
تتغير العين وقد تراجع
السعر لان العين التي
قبضها بحالها من غير
تفاوت فلا يسقط شيء من
الدين وقوله (وان نقصت
عن الدين بتراجع السعر)
اشارة الى هذا السؤال
والجواب وقوله (واذا
أعاد المرتهن الرهن للراهن)
فيه تسامح لان الاعارة تليق
المنافع بغضير عوض
والمرتهن لا يملكه فكيف
يملكها غيره ولكن لما
عومل بمعاملة الاعارة من
عدم الضمان وتمكن
استرداد المهر أطلق الاعارة
وقوله (للمنافاة بين يد العارية
ويد الرهن) لان قبض الرهن
يوجب الضمان وقبض
العارية لا يوجب وفي ايجاب
الضمان على المرتهن بعد
الاعارة يلزم الجمع بينهما
وهو ممتنع وذلك لان الضمان
انما يجب اذا كان يد
الراهن بعد الاعارة يد
المرتهن وبده اذ كان يد
عارية وفي ذلك جمع بينهما
لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد الرهن للزوم عقد الرهن

لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدروري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضا وقوله فان كان موسرا
ضمن قيمته ليس بلفظ القدروري في مختصره وليس مذكور في البداية أصلا بل هو من المسائل التي
ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسألة مختصر القدروري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده
الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشئخين في أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتاب
آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة
المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر فان كان
الدين حالا طول بأداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنه ما كانه حتى يحل
الدين لانه أيضا لفظ القدروري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم ويحسن عطف أحدهما
على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدروري والبدية هكذا فان أعتق الراهن عبدا الرهن نفذ عتقه
فان كان الدين حالا طول بأداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنه ما كانه حتى
يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن
انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفصيل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر
الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة
لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق
لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالانلاف وهو قيمته يوم ألتف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

عند القتل بخلاف ما اذا لم
تتغير العين وقد تراجع
السعر لان العين التي
قبضها بحالها من غير
تفاوت فلا يسقط شيء من
الدين وقوله (وان نقصت
عن الدين بتراجع السعر)
اشارة الى هذا السؤال
والجواب وقوله (واذا
أعاد المرتهن الرهن للراهن)
فيه تسامح لان الاعارة تليق
المنافع بغضير عوض
والمرتهن لا يملكه فكيف
يملكها غيره ولكن لما
عومل بمعاملة الاعارة من
عدم الضمان وتمكن
استرداد المهر أطلق الاعارة
وقوله (للمنافاة بين يد العارية
ويد الرهن) لان قبض الرهن
يوجب الضمان وقبض
العارية لا يوجب وفي ايجاب
الضمان على المرتهن بعد
الاعارة يلزم الجمع بينهما
وهو ممتنع وذلك لان الضمان
انما يجب اذا كان يد
الراهن بعد الاعارة يد
المرتهن وبده اذ كان يد
عارية وفي ذلك جمع بينهما
لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد الرهن للزوم عقد الرهن

(قال المصنف فهو مضمون
بالقبض السابق لا بتراجع

السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة
سوى ما ضمن بالانلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب
أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعلة بلوح له اندفاع هذا الاشكال

وأزنا الشمان القوض المرجب له وهو محسوس لا يرد وبلـ وازا انفكالك الرهن عن كونه منه ونافي الجلة بكافي ولد الرهن وكلامه
واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله للمنافقين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا
من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي وبجلة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة
والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال
أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة حكم العارية والرهن | (٣٣٩) يبطل عقد الرهن وأما الاجارة

فالمستأجر ان كان هو الراهن
فهى باطلة وكانت بمنزلة
مالو أعار منه أو أودعه فله
أن يسترده وان كان هو
المرتهن وجدد القبض
للاجارة أو أجنبيا بمباشرة
أحدهما العقد باذن
الآخر بطل الرهن والاجارة
للا رهن وولاية القبض
للعاقدة ولا يعود رهنها الا
بالاستئذان وأما البيع
والهبة فان العقد يبطل

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذ بقي عقد الرهن فاذا أخذ عداد الضمان لانه عداد القبض في عقد
الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل
واحد منهما أن يرد رهنه كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع
والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا (ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حتى لازم هذه التصرفات
فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حتى لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن
ليعمل به فله قبل أن يأخذ في العمل هلاك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ
من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لشبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتهى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن
استعار من غيره ثوبا يرهنه فإرهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر
بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بهمما اذا كانا من المرتهن
أو أجنبيا بمباشرة أحدهما
باذن الآخر وأما من
الراهن فلا يتصور (وقوله
لما بينا) يعنى في صورة
العارية ثم لو اختلفا في وقت
الهلاك فالقول للمرتهن
والبينة للراهن قال (ومن
استعار من غيره ثوبا الخ)
ومن استعار ثوبا يرهنه
فالمرام أن يطلق في ذلك
أو يقسده بشئ فان كان
الاول فإرهنه المستعير به
من قليل وكثير جائز عملا
بالاطلاق وكان ذلك تبرعا
من المعير باثبات ملك اليد
فيعتبر باثبات ملك العين

بعبه في شرح التكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر
اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالانلاف وكيف يكون
ما انقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقسده وهو لم ينقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب
أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استسكاله بشئ فانه يصح بل بقول صاحب الهداية
وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك أن القبض
السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يقرر الضمان ولما كان المعبر قيمته يوم القبض
ألفا ثم انقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لانه حالة مقدر تمام الالف خمسمائة منه
بالانلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثير في سقوط شئ
منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل
(قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا الى قوله
للمنافقين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان
مع المناقاة بين يدي الإيداع والرهن أقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في
شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرهما في شأ فليراجعهما (قوله وهذا
بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن
فلا يعود الا بعقد مبتدا) قال الشراح وحكم الوديعة حكم العارية وحكم الرهن حكم الاجارة انتهى
وأورد بعض الفضلاء على قوله وحكم الوديعة حكم العارية بان قال اذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي
أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضا بوضع الرهن في

واليد جميعا بان استأذن أن يقضى دينه عليه بحاله فان قيل اعتبار غير صحيح بل وازان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب
أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الإيداع والرهن
فتأمل فانه ممنوع (قوله وحكم الوديعة حكم العارية) أقول اذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه
العدل

فانه يجوز ان يصدق ملك الدين ثمرنا كالمصبي فانه ثبت له ملك الدين دون البدور والى كالبائع بشرط ان يوافق فيه زول ملك الدين دون ملك الدين واذا كان كذلك بازان ثبت للراهن ملك الدين دون العين قوله (لان الجاهل في التفضي الى المنازعة) يعني المداومة المانعة من التسليم والتسلم فتم احدى المقصودتين بقصد فصار كما اذا عاين بارا طلق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر اربابا او المرتهن او البلد ضمن التبعة بالخالفه اذ هو رتبة خاصه بالتمسك بغير اذنه فان كان التقييد بالتقدير الزيادة عليه لمرات الغرض فثبت غرضه الاحتباس بما تيسر اذ اؤه احتياج الى فكها كنه وهو اقل الما بين فان زيادة ضرر وبقى التقصان لان غرضه ما يستوي اكثر المدين ان ذلك الراهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وبفوت ذلك اذ ارهن بالاقبل وكذا من ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل

ويجوز ان يتفصل ملك الدين عن ملك العين ثبوت المرتهن كما في تفصيل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصه وصافي الاعارة لان الجاهل في التفضي الى المنازعة (ولو عين قدر الايجوز المستعير ان يرضه بأكثر منه ولا بأقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اذ اؤه وينفي التقصان أيضا لان غرضه ان يصير مسمى وقيل لا أكثر مما يقابلته عند الهلاك يرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ (فاذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدین على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بأن رهنه عقد ارمأ أمره به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فملك عند المرتهن يظل المال عن الراهن) لتام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاء وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القبة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما ضمن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من المستعير ان يعنى جبراً ان لمفات عن الراهن من القضاء بنفسه

يدم ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما أن في صورة الابداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينقض قبضه السابق بالابداع للمنافاة بين الوديعة ويد الرهن ليكون احداهما موجبة للضمان دون الاخرى كما ذكر في المناقاة بين بدى العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كما بين في بابيه ولم يوجد شيء آخر يقتضى انتقاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبراً عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلطات هذا الكتاب وكان افظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

(قوله فانه يجوز ان يتفصل ملك الدين عن ملك العين ثبوت المرتهن) أقول فيه ثبت فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك الدين عن ملك العين ثبوتاً لثبوت ملك الدين لخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمسراد بالانفصال زوالا

أن يبقى ملك البدور وملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفكه جبراً عن الراهن) ولهذا أقول تعميم عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نفي الاسلام البدور وذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفكه جبراً عن المرتهن لان المرتهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفكه المعير حين أعسر الراهن ولهذه وقص من الكتاب أو صحفه القارئ كذا سمع نقله من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واهله من الجبران يعنى جبراً بالمسافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا البدلية كما في قوله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيأ وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومى عن أملك فلا غبار اذ يصير المعنى حينئذ جبراً على المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على ما أدى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعني أن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بالدين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للعير أكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكره والبدنة بينة المعير لأنه يدعي عليه الضمان فان قيل إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه (٣٩٩) الثوب بدنه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب رد المخصوص أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقرب ذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراءة في على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاول لأن في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصله) يريد عقد العارية

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بختلاف الاجنبى اذا قضى الدين) لأنه متبرع اذ هو لا يسمى في تخليص ملكه ولا في تقرير ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصح رقا ضاياها اذ هو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الايفاء بعد عود الهالك في هاتين الحالتين (ا) كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير (لأن القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار وصفه) (ولو رهنه المستعير يدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فلهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود والمسمى) لما بينا أنه كالوجود ويرجع المعير على الراهن عند الهلاك لأن سلامة مالية الرهن باسبب تيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فافتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجوع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه

شمس الأئمة السرخسي ونظر الاسلام البرزوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبراً عن الراهن بغير رضاه وبوافقه تقرير صاحب الكفاية هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتحن أن يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتحن وقال صاحب العناية قوله أفتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة وعله من الجبران يعني جبراً بالمافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول قوله كلام أما أولاً فلأن ما اختاره من المعنى لا يتشبه فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم محجبه وأنه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراً بالمافات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخله في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاط في تركيب المصنف انما هو كلفه عن الدخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر إلى المرتحن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الآن يصار إلى تقديم لمافات جلة وجعل كلمة عن متعلقة بالظن فالتقدير في ذلك ولا يخفى بعده حداف كيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقديم متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وهو هنا قيد لازم ذكره فان قوله

(قوله قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه إلى قوله وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزهبي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطراً وباعتبار الاضطراب ثبت حق الرجوع

فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطراب وهذا الان غرضه تخليصه ليمتنع به ولا يحصل ذلك الا بآداء الدين كله اذ للمرتحن أن يحبس حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد سنخ في هذا الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهم انص عبارة الكفاية والكاكي فان قيل هو لا يتوصل إلى تخليص ملكه الا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايفاء انتهى فتأمل فان لكلام محالاً (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول بالنسبة ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر إلى كون المنكر معبراً أو مستعبراً

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الرهن وجب عليه رد العينة فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر) يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن سهي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رد العينة إلى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكذا كما فليس ثمة تحصيل مقصود الأمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعد إلى نائبه كذا في هذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ذات عليه هذه

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد تلفه بالاعتاق (وتكون رهننا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بماله مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضه ما حق فملكه عند المرتهن فلا ضمان على الراهن (وكذا إذا اقتسك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعط ثم عطف بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانهم أحكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان رده بنفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الانتهاء وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تقويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المر بضر حرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمة إذا تلفه الورثة ضمنوا قيمته يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وقتاوى فان ضمان فان عجز الراهن عن الفكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه إذا كانت قيمة الرهن أقل ففرهته بألفين فافتكه المالك بألفين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو ذلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك إذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقفي أثره صاحب الكفاية ومعراج الداراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا تنفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدلائل لا يجب أن توافي المدعى في الخصوص والمعموم ولا في التقييد والإطلاق الأبرى أن كلمة الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا نحن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيل المقدمه بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية أنه إذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بل ندد على قيمته وهذا مشكك لان تخليص الرهن لا يحصل بإبقاء بعض الدين فكان مضطرا أو باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله اذ للمرتهن أن يجبه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذا فوج غرابية لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإبقاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ابقاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الإبقاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الداراية فان كان الجواب المذكور مرصيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرصيا عنده كان عليه أن يبين محل فساد ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد تلفه بالاعتاق أقول كان الحق في التعامل أن يقال لان الحق تعلق بماله وقد تلفها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التحليل انما هو حق المرتهن وحقوقه متعلق بماله الرهن دون رقبته

المسئلة قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراد وبالاحتريم ليشتري

هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو مادونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجتماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلا تهم الجناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بديل أنه إذا مات وجب الكف على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شيء كان واجبه عليه وذلك باطل وفوقه بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه فأنها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق به ادمه والمولى أجنى عنه بوضعه أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجب للامان صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهذا في الخلافة أن الجناية

(٣٣٣)

غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنى آخر فان قيل ماليتة محبة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان أجاب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر) وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقائه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فحاصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان وقوله (ودفعه) فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكسة فانه وان كان قابلاً لكرهه بلطف الدافع لوقوعه في صحبته أو التغلب سماء دافعا وثام (وله أن

المشترى به عبيد يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ماله هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجناية على المرتهن معتبرة والمعاد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلا تهم الجناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكف عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان المالك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكف عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهذا في الخلافة أن الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لأطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرت لاعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيده وجوب انضمام له مع وجوب التخليص عليه وجنابته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لان الفضل ليس في ضمانه فأشبهه بجناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالضمون

كما غير مرمرة (قوله أما الوفاقية فلا تهم الجناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلا تهم الجناية المملوك على المالك وافتى أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندى لأقسام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور اذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمنا فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما نرى فيقول المعنى الى أن علة هذه المسئلة اهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لانه لا علة بنفس المسئلة وهو فاسد قطعاً (قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجناية الى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكسة فانه وان كان قابلاً لكرهه بلطف الدافع

(٣٣٣ - تكمله ثامن)

هذه الجناية لو اعتبرت لاعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه (لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن في حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وان كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفاً أو ثلثاً متاع المرتهن فقال للراهن اماناً تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء يبيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه يبدل عمن نصفه أمانة ونصفه مضمون ويبدل الأمانة للراهن ويبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكسة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم المشاكسة (قوله اماناً يقضى نصف دينه) أقول بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأني عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا ساوي ألفًا بأنف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس معتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا الوقت قص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزداد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابل بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالمية في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أى لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنًا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسع مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك والباقي ظاهر (١٣٤)

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا ساوي ألفًا بأنف الى أجل فنقص في السعر فزجعت قيمته الى مائة ثم قتل له رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن بقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافًا لظاهره هو يقول ان المالمية قد انتقصت فأشبهه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن قنور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يثبت الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات حزمته بتقرر الاستيفاء فيه اذا لم يدب الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونًا بكل الدين فاذا قتل له خر غرم قيمته مائة لانه معتبر بقيته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجبار بقدر الفات وأخذ المرتهن لانه بدل المالمية في حق المستحق وان كان مقابل بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالمية وحق المرتهن متعلق بالمالمية فكذلك فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الرهن بد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء أنفا فيصير مستوفيا لكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لالف مائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسع مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا لكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء عن حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتل عبد قيمته مائة فدفع مكانه افنته بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افنته بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير تسع مائة له أن يد الرهن بد استيفاء وقد تقر بالهلاك الا أنه أخلف بد لا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يحسبنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمن قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحاهما الله فيكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بالخيار وقول محمد رجحه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رجحه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسع مائة قياسا على

لوقوعه في صحبته أو بالغيب سماء دافعا وإنه انتهى أقول لاصحة لوجه المشاكسة ههنا لان المشاكسة ذكرنا شئ بلفظ غير لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكررت كلفظ وأرنده في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كافي قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

الصورة الثانية فان حكمها أن التسع مائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أى أصل جنس هذه المسئلة لا لأصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولا أن تقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخرج (قال المصنف لانه بدل المالمية) أقول أى القيمة وانما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لدليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقب الذكري والافاء لهلاك مقدم (قال المصنف وان قتل عبد قيمته مائة) أقول أى قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لانه لا يلزم التكرار

وقوله (لما أودما) يعني صورة ومعنى أما صورة فقط أها وأما معنى فإلا أن القاتل كما مقتول في الأدمية والشرع اعتبره جزأ من حيث الأدمية دون المالمية ألا ترى إلى استوائهم في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني إذا قتلها ما عبد ودفع مكانه ما قال المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يقسخ (المبيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن

المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعني بقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلق الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره إلى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل في بعض الشروح هذا تكرار لاحتمال أن وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقط له عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لتكرار وهو لازم عليه أيضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حازق صبات السبق في مضمار التحقيق وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة

لما أودما ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه ولحمدا في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب فيخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لما أودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تغليبك منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جامع له وأنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن غلبته بآداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء) لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها (ولو أوى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد وأفده بالدية) لأن المالك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن من الفداء قيام حقه (فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالأصل (وكذلك إن فدى)

فيه لم يتكرر ذلك لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسدله التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لاحتمال أن وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقط له عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لاحتمال أن وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقط له عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لتكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حازق صبات السبق في مضمار التحقيق وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار غرة إلى هنا لفظ العناية أقول ما مر في بيان صور المسائل الثلاث إنما هو عبارة ابتدائية مأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وإنما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبد يساوي ألفا بالمال إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء وإن كان أمره الراهن يبيعه

التراجع ولا تكرار غرة (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن) يعني إذا كانت القيمة والدين سواء أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وإنما كانت الجناية عليه لأن العبد في ضمانه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكافي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعنى واذا كان على المرتهن وقد اذاه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولى الجناية والمرتهن على الراهن دين والتبقي اقصاها فيسلم الراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسمى في تخلص ملكه كعبد الرشن وقوله (وحق ولى الجناية) بالجزء مطوف على دين المرتهن يعنى ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولى الجناية ايضا حتى لو جنى العبد الدون دفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى في الديات وقوله (انقدم على حق المولى) أى لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدا على حق المولى كان مقدا على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المائدة وولى الجناية في ملك العين

بالنصب أو بالرفع عطفًا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذلك حق ولي الجنابة أيضًا مقدم على حق المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى فالأن يقدم على حق المرتهن أولى لأن حق المالك أقوى ويبدل على هذا التقرير بصرح القدرى بذلك في شرحه وقد مر أنفاً تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المرتهن أولاً وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجنابة على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرتهن المولى فاذا كان مقدماً على حق المولى يكون مقدماً على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجنابة

(فان فضل شيء دين غريم العبد مثل دين المرتبه أو أكثرنا الفضل للراهن وبطل دين المرتبه)
 لان الرقبة استحققت لمعنى شرفي ضمان المرتبه فأشبهه بالهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين
 المرتبه بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتبه قد دخل
 أخذه) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
 أخذه الثمن ولم يرجع عما بقى على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستملاك يتعلق برقبته
 وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه ببعده (وان
 كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما أفدياه) لان النصف منه مضمون
 والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتبه وفي الأمانة على الراهن فان أجمع على الدفع دفعاه
 وبطل دين المرتبه والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتبه لما بينا وانما شبه الرضاه (فان تشاحا والقول
 لمن قال أنا أفدي راهنا كان أو مرتبه) أما المرتبه فلا تليق في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع
 الذي يختاره الراهن ابطال المرتبه وكذا في جنابة ولد الرهن اذا قال المرتبه أنا أفدي له ذلك وان كان
 المالك يختار الدفع لانه لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على
 الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلا تليق في المرتبه ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون
 المرتبه في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب
 الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا به ذاعلى ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع
 الحضور وسنين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتبه أن يفدي وفداء الراهن فله يحتسب على
 المرتبه نصف الفداء من دينه)

وقوله (لما بينا) إشارة الى
 قوله لانه لا يملك التمسك
 وقوله (فان تشاحا) بأن
 اختار الراهن الفداء
 والمرتبه الدفع أو بالعكس
 فالمعتبر هو الفداء وذكروا
 جانب المرتبه اذا اختار
 الفداء والمرتبه الدفع
 أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء
 وذكروا جانب المرتبه اذا
 اختار الفداء ثم ذكر جانب
 الراهن اذا اختار ذلك بعد
 ذكره جنابة ولد الرهن

(قال المصنف فان
 أجمع على الدفع دفعنا)
 أقول فيلزم الجمع بين
 الحقيقة والمجاز في قوله
 دفعنا ولا يقال المراد رضا
 بالدفع بطريق عموم المجاز
 لانه لا يكون مسببا عن
 الإجماع على الدفع والمخلص
 التغليب

لان المرتبه يقوم مقام المولى في المالية وولي الجنابة يقوم مقام المولى في ملك العبد الى غنا كلامه وافتي
 أثره في هذه البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولي الجنابة
 بالنصب أو بالرفع عطف على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتبه وكذا حق
 ولي الجنابة أيضا مقدم على دين المرتبه لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق
 المرتبه أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدروري بذلك في شرحه وقد حرا نقا
 تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المرهون أو لا وقت قدمه على حق المرتبه عند قوله واذا قتل العبد
 الرهن قتيلا خطأ فضمن الجنابة على المرتبه ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتبه عند قوله
 ولو استمك العبد المرهون ما لا وهذا كله يدل على أن حرا المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في
 شرحه قوله وحق ولي بالجر أي دين العبد مقدم على دين المرتبه ومقدم أيضا على حق ولي الجنابة حتى
 لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي
 استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجنابة وفي المسئلة تقدم حق ولي الجنابة
 ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة الى هذا اللفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء
 الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشبهه على الفطن تحقيق تقدم حق الغرماء حقيقة على
 حق ولي الجنابة في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أو لا الى ولي الجنابة الا أنه لم يبق في يده بل بيع
 ودفع غنمه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجنابة أو لا لكن
 اذا بيع لم يبق للدفع أثر فلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فان فضل شيء الخ) أقول فيه
 شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة
 السابقة وهي قوله ولو استمك العبد المرهون ما لا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة أن المال
 المستمك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي يبيع فيلزم

وقوله (لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأبى ما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده والموعود بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الخ

فصل هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عشرين قيمة عشرة ثم صار خيلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته في المكمل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفكته ناقصا بجميع الدين وبين أن يضم قيمته ويجهل أرها عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند

(٣٣٨)

إذا أنكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا بقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فإذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا

لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصيب الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فإذا أدام الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمه الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبهه الاجنبي وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما اذا كان الراهن غائبا فذكر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حياته نفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا أو أمره ببيعه) لان القاضي نصب ناظر الحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليس بدين عليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين فله الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ولا آخر من أن يردوه) لانه اثر بعض الغرماء بالابقاء الحكمي فأشبهه الاثر بالابقاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم أخرج الرهن) اعتبارا بالابقاء الحقيقي (ويبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين لبيت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل قال (ومن رهن عشرين قيمة عشرة فتمخر ثم صار خيلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)

أن لا ينظم المعنى اللهم الا أن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسألة مبينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل مجرد الترتيب الذي كالتسجل الفاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استمرا كالملاحظات

اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا جنى السفل ثم بئى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه لان يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخلو الخلاص عنه عن الاشكال

فصل ومن رهن عشرين (قال المصنف ومن رهن عشرين قيمة عشرة فتمخر ثم صار خيلا يساوي عشرة الخ) أقول قال الزيلعي يشير الى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصور والخل من المقدرات لانه اما مكمل أو موزون وفيه ما نقصان القيمة لا بوجوب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكمل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجتماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والافلا انتهى فكان الاصول أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني ان الرهن كالببيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله محله والخبر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتمخر قبل القبض لم يطل عقده فكذلك في الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فيقال هذا يختلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يحجب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يختلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تمخر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بماله تخلل أو لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه بلوخ اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خد لا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أو لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جائز تخليه له لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها مكنة بالتخلل فصار كتحايل الرهن من الخيانة والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست محجبة بالنسبة اليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أو لى لانها محجبة بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الجبرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليه اذ ان تخللها ضمن قيمتها يوم تخللها لانه صار خاصا بما صنع كما لو غصب خمر ذى خللها فالتخلل له وتقع المقاصصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة خمسة ومساوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مساوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتها درهمين وان كانت قيمتها مساوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية

(٢٢٩)

قال (وعناء الرهن للراهن الخ)

الاصول ان الاوصاف

القارة في الامهات تسرى الى

الاولاد اذا كانت صالحة

لاحكامها والرهن منها الكونه

حقا لازما اذ لا يلزم هو القار

والقار ما يكون ثابتا في

جملة الام ولا ينفرد من عليه

بابطال حكمه ككونها حرة

وقنة ومبيعة ومكاتبه

ومدبرة وانما فسرنا بذلك

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيها وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتمخر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير في البيع ان تغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فان تبدل بجلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهالك فاذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فسد بغير جلدتها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهالك قبل القبض والمنتهى لا يعود اما الرهن يتقرر بالهالك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (وعناء الرهن للراهن وهو مثل الولد

فيما سبق) قوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيها وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء) أقول لقائل ان يقول لو كان مدارسه ثلثنا المذكورة على هذا القدر من

لشاة ترد كقالة الحرة فانها ما تسرى الى الاولاد والركاة بعد كمال الحول كذلك فانهم ما يشتران في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولشاة يراد ولد الجنانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الفداء وانما فسرنا الاولاد ايضا لاحتياجها لاحكام الاوصاف لشاة يراد ولد المنصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

(قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يحجب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحيث لان ما ذكره أن يكون الساب للقبالية المحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الجبرية مصححا لها والاولى أن يحجب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتمخر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء لنهي عن الاقتراب والاغترار ولا يوجب ذلك في البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست محجبة) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محجبة بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتحايل الرهن من الجنانية بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي الا لازم (قوله فانهم ما يشتران في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات) أقول هذا تعاليل لقوله لشاة يراد ولد الجنانية يعني لا في جملتها أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملة ما أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانهم ما لا يثبتان في عين الامهات لكون كل منهما معقدا على المنفعة (قوله ولشاة يراد ولد الجنانية فان من عليه الخ) أقول لفظة من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالابطال) أقول أي بابطال الجنانية عن الام بالترامها في ذمة باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا فالايرد نقضا لعدم ثبوت الام

وأما في الغصب فلا ان الضمان به يعتمد فضا من صدق ان يغير حق ولم يتحقق في الرد واذا ظهر هذا علم ان غناء الرهن كاللبن والتمر والوصوف
 والراهن لانهم متولد من ملكه ويكون رهننا مع الاصل لانه تبع له ففي الاصل وصدا ان لا زمان الملك ركونه رهننا فيسريان الى الرد
 فان ثبت ان ذلك بغير شيء لان الاتباع لا يقطع لهما مما يقابل بالاصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العتمة مقصودا
 الرهن بغيره ولما وان ذلك الاصل (١٥٠)

القبض لانه منضمون
 بالقبض من كان تدم وتيرة الزمان
 يوم الفسك لانه انما صار
 منضمون به ولذلك قبله
 ذلك شيئا وانما يتبع بقابله
 شيء اذا صار مقصودا كولد
 المبيع فانه يكون له حصة
 من الثمن اذا صار مقصودا
 بالقبض والزيادة ههنا
 صارت مقصودة بالفسك
 فيخصه شيء من الدين فما
 أصاب الاصل يسقط من
 الدين بقدره لانه يقابله
 الاصل مقصودا وما أصاب
 الثمن افتسكه الراهن به
 وقوله (وصور المسائل على
 هذا الاصل) يعني ما ذكرنا
 من قسمة الدين على قيمتهما
 يوم القبض والفسك
 (تخرج) وفي ذلك كثرة
 وتطويل فأعرض عنها
 وتابعناه في ذلك وقوله
 (فيصح تعليقه بالشرط)
 يريد بالشرط قوله فما حلت
 فان كلمة ما تضمنت معنى
 الشرط وليذا دخل الغاء
 في خبرها وقوله (لانه تلفه
 باذن المالك) فيه اشارة
 الى أنه لو تلف بغير اذنه
 ضمن وكانت القيمة رهننا
 مع الشاة وكذا الوفاء
 الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

التمثيل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خصال في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة
 فتمم رهنه ورهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب
 العناية ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبال هذا يختلف عن ذلك الاصل
 قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وهي ما يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف
 لذلك يختلف عن ذلك الاصل انتهى أقول في الجواب بحث اذ لقائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل
 المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتمم رهنه قبل القبض اذ على
 تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الاتية
 ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيرا
 فتمم رهنه قبل القبض يبقى العقد الا أنه يخبر في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو
 تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون
 الحكمي قلنا فلقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخليف عن ذلك الاصل
 المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكا وما الفارق بينهما وبالجمل لا كلام بحال في كل حال وأورد
 بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب
 لقابلية التحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الخيرية محتملها وقال والاول أن يجاب بان الخرج قابل
 لحكم المبيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصيرا فتمم رهنه لانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

القبض لانه منضمون
 بالقبض من كان تدم وتيرة الزمان
 يوم الفسك لانه انما صار
 منضمون به ولذلك قبله
 ذلك شيئا وانما يتبع بقابله
 شيء اذا صار مقصودا كولد
 المبيع فانه يكون له حصة
 من الثمن اذا صار مقصودا
 بالقبض والزيادة ههنا
 صارت مقصودة بالفسك
 فيخصه شيء من الدين فما
 أصاب الاصل يسقط من
 الدين بقدره لانه يقابله
 الاصل مقصودا وما أصاب
 الثمن افتسكه الراهن به
 وقوله (وصور المسائل على
 هذا الاصل) يعني ما ذكرنا
 من قسمة الدين على قيمتهما
 يوم القبض والفسك
 (تخرج) وفي ذلك كثرة
 وتطويل فأعرض عنها
 وتابعناه في ذلك وقوله
 (فيصح تعليقه بالشرط)
 يريد بالشرط قوله فما حلت
 فان كلمة ما تضمنت معنى
 الشرط وليذا دخل الغاء
 في خبرها وقوله (لانه تلفه
 باذن المالك) فيه اشارة
 الى أنه لو تلف بغير اذنه
 ضمن وكانت القيمة رهننا
 مع الشاة وكذا الوفاء
 الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

قوله وأما في الغصب فلا ان الضمان به يعتمد فضا من صدق ان يغير حق ولم يتحقق في الرد واذا ظهر هذا علم ان غناء الرهن كاللبن والتمر والوصوف
 والراهن لانهم متولد من ملكه ويكون رهننا مع الاصل لانه تبع له ففي الاصل وصدا ان لا زمان الملك ركونه رهننا فيسريان الى الرد
 فان ثبت ان ذلك بغير شيء لان الاتباع لا يقطع لهما مما يقابل بالاصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العتمة مقصودا
 الرهن بغيره ولما وان ذلك الاصل (١٥٠)

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم زيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة جاز عند علماءنا رحمهم الله والزيادة على الدين (٣٤١) لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وقال زفر والشافعي

يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً والخلاف معهما في الرهن والتمن والتمن والمهر والمنكوحه سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا ييوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالتمن في البيع والرهن كالتمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الاتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبداً بمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً وهذا شيعي في الدين والاتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاؤه والاتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صححت الزيادة في الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرعت لأحكامها وأما لم يكن محلاً للعقد ابتداءً للنهي عن الاقتراب والاغتزار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى إلى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشيء لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولغائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والتمن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محصل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فإمّا معنى كون الخ محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بأن الخ قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخ لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محصل له بقاء بل يكون ما له تغيير تعليلهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخ قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضي عندهم ليس يصح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محلاً للبيع وهو ملك العين لا يكون محلاً للرهن فإن حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والجلس للرتن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لافائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليله ما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالتمن في البيع والرهن كالتمن ثم قال والجامع بينهما الاتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب السكا في القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليله ما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيره وأما الباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليله ما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونه ما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والاتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرعت لأحكامها وأما لم يكن محلاً للعقد ابتداءً للنهي عن الاقتراب والاغتزار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى إلى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشيء لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولغائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والتمن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محصل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فإمّا معنى كون الخ محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بأن الخ قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخ لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محصل له بقاء بل يكون ما له تغيير تعليلهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخ قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضي عندهم ليس يصح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محلاً للبيع وهو ملك العين لا يكون محلاً للرهن فإن حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والجلس للرتن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لافائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليله ما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالتمن في البيع والرهن كالتمن ثم قال والجامع بينهما الاتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب السكا في القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليله ما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيره وأما الباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليله ما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونه ما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والاتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

(٣٤١ - تكمله ثامن) قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فإنه ليس فيه لفظ التزويج

في ثمن من ذلك أما المدعي فمدعيه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسبب عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه
لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبق بعد وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نكاح الرهن فإنه ليس زيادة قصدية
بل قصدية ولهذا اختلفا حكمه وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني إذا رهن جارية بالف تساو ألفا فولدت ولدا يساو ألفا
فتدال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساو ألفا فإذا العبد وقول الرهن يكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينتظر إلى
قيمة الولد يوم الفسك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفسك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في
ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه إذا ذلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال
الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض (٢٤٤)

وتسمى هذه زيادة قصدية تقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى
لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسة مائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا تقسم الدين اثنا عشر
الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيته ما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في
كل واحد منهما ما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني
ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه
وعلى العبد الزيادة) لأنه جعل له زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة
الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت
على الام قال (فان رهن عبدا يساو ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مع كان الاول
فالاول رهن حتى يرد إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مسكنا الاول) لان الاول
انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين
باقيا وإذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما
فإذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن المرتهن على الثاني بأمانة
ويد الرهن بد استيفاء وضمن فلا ينوب عنه كمن له على آخر جادا فاستوفى زيوفا ظنهما جادا ثم علم بالزيادة
وطالبه بالجياذ وأخذها فان الجياذ أمانة في يده ما لم يرد الزيوفا ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان
الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن
عنده أمانة والقبض برده على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو أقر المرتهن الراهن
عن الدين أو وجبه منه ثم ذلك الرهن في يد المرتهن به لك بغير شيء استحسنانا) خلافا لفرلان الرهن
مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كافي الدين الموعود ولم يبق الدين بالبراء والهبة
يكون الدين الذي يرد ينادي باحدنا فوجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب
أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه ثبت بالالتحاق
بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على
زمان التحاقه بالأصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهيم

فما أصاب الام قسم عليها
وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت على الام فصارت
كأنها كانت في أصل
العقد فيكون الولد دخلا
في حصصة الام خاصة فان
ماتت الام بعد الزيادة
ذهب ما كان فيها وبقي
الولد والزيادة نكاح فيها لان
خلاله الام لا يوجب سقوط
الضمان بل يقرره فلا يطل
الحكم في الزيادة ولو مات
الولد بعد الزيادة ذهب
بغير شيء وكان العقد
في الام ولولده معها قال
(فان رهن عبدا يساو
ألفا الخ) كلامه واضح
وقوله (على ما بيناه من
قبل) يعني في صدر كتاب
الرهن في تعليل ان تمام
الرهن بالقبض وقوله
(خلافا لفرلان الله)
هو يقول ان الضمان في

باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ولهذا كان مضموها
بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كافي الدين الموعود ولم يبق
الدين بالبراء أي بسببه

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به ولو جوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنه ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنه ليست بالمعقود به فلان
الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الأصوب ذلك لان ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالثمن كون الزيادة مقصورة عليها
ومها وليس كذلك الظاهر وأنه ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل وتوجيه ما ذكره المصنف أرجاع الضمير إلى الملتحق به المعلوم من
سباق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفسك (قوله وان لم يبق الدين بالبراء) أقول لفظ الإبراء ليس في
محله كالأبني (قوله ولو توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرحم
بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منع الانه يصير به غاصبا لا تفتاء ولا ية منعه والجواب عن صورة
الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط اقيام الموجب وهو العقد
الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذرا للاستيفاء
فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر التوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني
وهو الحقيقي ائلا يتكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الشراء
والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا أو قيمته ان هلك في يده قبل
الرد وقوله (لانه) يعني

(٣٤٣)

البراءة بطريق الاداء
اشارة الى الجواب عما يقال
ذمة المحيل تبرأ بالحوالة
عالمية فكان ينبغي أن
يكون بمعنى الابراء فيملك
أمانة ووجه ذلك ما أشار
اليه أن الحوالة وان كانت
ابراء لكنها بطريق الاداء
دون الاسقاط (لانه يزول
به) أي بعقد الحوالة الخ
وقوله (لانه) يعني المحال

عليه (بمثلة الوكيل) عن
المحيل بقضاء الدين وقوله
(وكذلك لو تصادقا على أن
لادين ثم هلك الرهن الخ)
اختيار بعض المشايخ اختاره
المصنف ومنهم من قال اذا
كان التصديق بعد هلاك
الرهن والدين كان واجبا
ظاهرا فهو كذلك فان
وجوبه ظاهرا يكفي لضمان
الرهن فكان مستوفيا فاما
اذا كان قبله هلك أمانة

ولاجته لسقوطه الا اذا احدث منع الانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت
المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم
هلك الرهن في يدها يملك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كافي الابراء ولو استوفى المرحم
الدين بايقاف الراهن أو بايقاف متطوع ثم هلك الرهن في يده يملك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى
ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء) ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما
ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط اقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله
فاما هو في نفسه فقام فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى
بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا أقال الراهن المرحم بالدين على غيره ثم هلك
الرهن بطلت الحوالة ويملك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل
ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل
(وكذا لو تصادقا على أن لادين ثم هلك الرهن يملك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط اقيام الموجب
الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض
الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء
الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرحم
بقبض الرهن اما أن ينتقض بالاستيفاء الدين حقيقة بايقاف الراهن أو بايقاف متطوع قبل هلاك الرهن
أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم
أن المنتقض لا يعود وقد حصر في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء
عند استيفائه الدين بايقاف الراهن أو بايقاف متطوع وتكرره مؤدلى الى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة
ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولا كنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرحم
الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان
الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي به لالك الرهن في يد المرحم فلم
يجعل فاسدا هذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

لان تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول أنفا (قوله وبالاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله اقيام الموجب)
أقول يعني الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا
على أن لادين) أقول قال الزيلعي قال في الكافي ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا أن لادين بقي ضمان الراهن
اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن
وأما اذا تصادقا على أن لادين والرهن قائم ثم هلك يملك أمانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين
وذكر الاستيعاب أنهم اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لا يهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف
هلا كما مضمونا في الصورتين كما لا يخفى

ووجه مختار للمصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه بمعنى بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه فتكون الجنية باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بمخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمة إلى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجنية باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس (٢٤٦)

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتسكون الجنية باقية بخلاف الإبراء والله أعلم

كتاب الجنايات

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ وانقتل بسبب)

(قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمة إلى ثمة نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجنية باقية انتهى أقول لا مخرج عندي لأن يكون قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لأن المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المهر من الذين فيهم بخلاف الإبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو في كلامه وحاشاله عن ارتكاب مثل ذلك

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة وإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا يرى إلى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح فإن في غاية البيان ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فأنه محظوظة لأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك أن أحكامها مشروعة بآية الكتاب والسنة أيضاً فلا معنى لتأخيرها من هذه الحثية ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شركه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شره جناية وهو عام في كل ما يتجسس ويسوء الأمانة في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف والاول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا فإن كان فهو عمد وإن لم يكن فهو خطأ وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فإن كان بالضرب أم لا فإن كان فهو شبه العمد وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فإن كان فهو خطأ وإن لم يكن فهو القتل بسبب وهذا الانحصار يعرف أيضاً بتفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلا يجعل القتل الخطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً بلا سلاح كالخمر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانياً فلا نقره فإن كان هو هو يشبه تفسير الشيء بنفسه وأما ثالثاً فلا نقره وإن لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو

فكان مقدماً على ما هو محاسن أبرزها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتب من الشرعية بالمصدر من جنى عليه شراً وهو عام الأثر في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والأطراف والاول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً وسبب الحدود ومشرطها كون المثل حيواناً قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارتخسة أو وجه وذلك لأن مقتداً مستقر بنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة

(قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه) أقول فيه نظر فإن الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لا اعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل وقوله بخلاف الإبراء

أقول قال الآية حتى قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله لك الدين والله أعلم والمراد

كتاب الجنايات

(قوله والجناية في اللغة اسم لما يكتب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدرى بالجناية لكان أنسب وجهها بجمع الطهارات

المراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالحمد
من الخشب وليطة القصب والمروحة المجددة والنار)

القتل بسبب ليس بتمام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطا لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز
أن يكون القتل بخطا محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب النهاية لما في
وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه
وذلك أنا قد استقررنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة أحدها لواء الوجه المذكورة
ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركا كته ظاهرا من غير تفصيل
وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جهه ورا الشرح انما قيد به لان أنواع القتل من
حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا
والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم وتظهر هذا ما قاله محمد في كتاب
الايمن الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة معين بالله وعين بالطلاق وعين
باعتقاف والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما قالوا انظر اذا ظاهر أن شيئا
من أنواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من
تلك الاوجه فان ما ذكره من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق
يكون قتل عمدان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمدان
تعمد ضربه به ما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأ أن لم يكن بطريق التعمد بل
كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل
خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لان نفس هذه الاوجه الخمسة فلامعنى
للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الاحكام
المذكورة للاوجه الخمسة للقتل لان نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد
يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوها وجوب القود من أحكام القتل
العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغنا لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا
ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمد لا يجب عليه القصاص وكذلك لو قتل
الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها
كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا المرتد لعدم العصمة أصلا
ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح
بذلك كله في عامة المعبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتيب كل من الاحكام المذكورة للاوجه
الخمس من القتل وليس شيء مما ذكره من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في
نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتل
معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فلا يظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل
تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات اغماؤها أحوال القتل بغير حق اذ
هو الذي يكون من الجنائيات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة
المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض
الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد
عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلا عن المتقي وهي أنه اذا تعمد أن يضرب يدرج خطأ فأصاب

دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علقتهما تينا وما باردا اذا الواقع في صورة النار هو الالتقاء فيها بالضرب بها

كان به قصد القتل أولا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن كان معه قصد التأديب والضرب أولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن كان جاريا مجرى الخطأ أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الاختصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها وضعفه وركا كته ظاهرا وقوله (أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تقريره الاجزاء كالحمد من الخشب وليطة القصب وهي قشرة وقد تقدم

(قوله لا يخلو اما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وان لم يكن فهو الخطأ) أقول قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما ذارحي صيدا بحجر أو خشبة فأصاب رجلا فقتله (قوله) فان كان فهو شبه العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر الى الآلة (قوله فان كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهرا (قال المصنف فالعمد ما تعد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم الآبنة وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقاد إجماع الأمة

عنى ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه التردد وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الزور ودأن لم يتمعد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكك عما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطا كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف بظنه صيدا فإذا هو آدمي أو بظنه حرييا فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطا في القصد وكما اذا رمى غرضاً بالآلة القاتلة فأصاب ادمياً وهذا من نوع الخطا في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقاً فصيها اذا رمى غرضاً فأصاب ادمياً لم يكن استعمالها لضرب الا دى بل كان لفرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد في نوع الخطا في الفعل دون نوع الخطا في القصد فان استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطا في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو ادمي لا استعمالها لضربه مطلقاً وفي نوع الخطا في القصد لم تتحقق الحثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذا الحثية أمر مضمحل راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكروا في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية تركب من أصحاب المتن القتل العمد ضرب به قصداً بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطه أو نار وجهه اذ يلزم اذ ذلك أن يكون قيد قصداً اذا دأب لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضرب به بما يفرق الاجزاء فيكون ذلك كره بل لما كان القيد تعمد في الكتاب أيضاً في قوله فالعمد ما تعمد ضرب به وجهه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضرب به بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً جزاؤه جهنم خالداً فيها الآبنة) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان إيجاب القتل العمد المأثم والقود يعم المسلم والذي لماسيحي فمن أن المسلم يقاد بالذي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينقل عن لزوم المأثم والآبنة المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآبنة المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها لأنها تفيد المأثم في قتل الذي عمداً أيضاً بدلالة التباين على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظر الى التكليف والادراك كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يبق فانظروا أن المراد بمن يقتل في الآبنة المذكورة هو المستحل بدلالة خالداً فيه فكان القتل بدون الاستحلال خارجاً عن مدلول الآبنة قلنا لان المدعى ظهور كون المراد بمن يقتل في الآبنة المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضاً فالآبنة دالة على عظم تلك الحثية وتحقيق المأثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعمر فات ألمان دماءكم ونفوسكم حرممة عليكم كحرمة يومى هذا في شهرة هذا في مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديدي وما يشبهه الحديدي كالنجاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوى انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجي من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوى (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الآبنة) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراماً لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجب المأثم

وقوله (واقود) يعني القصاص معطوف على قوله المأثم أي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهر لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجب وجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها أي بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرر رجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقرر بها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعني القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفع الله لالهالك) يعني لان القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا بسنة ويلقى نفسه في التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعدل لا يعدل عنه اثلا لمزم الزيادة على النص بالرأي ووجه التمسك بالسنة أن الالف (٣٤٧) واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا

معهود ينصرف اليه ففيه
تخصيص على أن حكم
جنس العمد ذلك فن عدل
عنه الى غيره زاد على النص
أثر ابن عباس رضى الله
عنه في قوله العمد قود
لامال فيه الى ذلك

قال (واقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجب وجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الآن ينفو الاولياء أو يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للمولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفع الله لالهالك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العمد شرع جبار أو في كل واحد نوع جبر فيختار وإنما تلونا من الكتاب وروينا من السنة

والمال لمزم من استحلاله الخلود في النار (قوله واقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجب وجبه) يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أي بما يوجب القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الآية تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تعلقته الامة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أي موجب وجبه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤله ظاهر الورود ينبغى أن يحظر ببال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حام حول ذكره وأما جوابه فنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور فتذكر (قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقرر الاول وتقرر رجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف واقود)
أقول بفتح الواو أي القصاص
ويسمى قود لانهم بقودون
الجاني بحبل أو غيره قاله
الزهري (قوله لكنه تقيد
بوصف العمدية بقوله عليه
الصلاة والسلام الخ)
أقول فيه بحث فان الاطلاق
والتقييد اذا دخلا على
السبب نحو أودا صدقة
القطر عن كل حرو عبد
وأدوا عن كل حرو عبد من
المؤمنين لم يحمل المطلق
على المقيد عندنا بل يجب

العمل بكل منهما اذ لا تنافي في الاسباب على ما فصل في كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية في مسألة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاءه في الباب الذي يلي هذا ولا يردن قضاء علينا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجي في باب ما وجب القصاص في مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى) أقول قال القاضي في تفسيره احتج الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذا الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

وجه المعقول أن المال لا يصلح موجباً في القتل لعدم المماثلة لأن الأذى مالاً مبتذل والمال مالاً مبتذل فاني يتأملان بخلاف
القصاص فإنه يصلح موجباً للمماثل وفيه زيادة حكمته وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر اللورثة فيتعين فإن قيل
فكيف صلح موجباً في الخطأ والفائت فيه مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار
فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم ولم يجب المال والأذى مكرم لا يجب إهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس
والعمد ليس في معناها حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك وذلك
لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز وأجيب بأن في الصلح
المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلاً فاعله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا
أخذوا الآية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشق صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل الواحد والقياس
لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي (٨٤٣) وذلك بمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

الكتاب والسنة المشهورة
على ما ذكرنا وأن القصاص
لمعنى النظر للولي على وجه
خاص وهو الانتقام وتشق
الصدور فإنه شرع زجراً
عما كان عليه أهل الجاهلية
من إذا قتلوا واحداً لا أنهم
كلوا يأخذون أموالاً كثيرة
عند قتل واحد منهم بل
القاتل وأهله لو بذلوا ما لم يكو

ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة والقصاص يصلح للمماثل وفيه مصلحة الأحياء زجر الأعداء عن إهدار
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا
يتعين مدفعاً للهلاك
وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد
وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعة دون العمدية أيضاً بمقتضى
إطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو الذي ذهبنا على تقدير أن يكون قوله والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب وأيضاً يلزم حينئذ أن لا يفيد
المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجته على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل
ولا يلزم منها أن لا تنطبق حكمة الزجر في غير العمد أصلاً فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضاً
زجر عنه فلا يتم المطلوب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تنمة ما قبله
والجموع حجة واحدة وإن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب
إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الظاهر والاقرب إلى العمدية كما زعمه صاحب
العناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على
ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقررت في كتب الأصول أن مرجع الأدلة
العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وبهذا صححوا النحصر الأدلة الشرعية في أربعة
وهي الكتاب والسنة وأجاء الأمة والقياس فتقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الخ
راجع إلى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما
عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك)

(قوله جواب عن قوله لأنه
تعين مدفعاً للهلاك) أقول
فيه أنه مدفع للهلاك
الشرعي بلا شبهة وذلك يكفي
لغرض الشافعي لأن المراد
هو كونه مدفعاً شرعياً
للهلاك الشرعي والقتل
المستحق فإن القاتل يكون
محققاً الدم بعده إذا قتله
أخذ الولي أو غيره بمقتضى
قليتأمل (قوله وذلك لجواز

أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً ولا
وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمدية بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئاً (قوله وأجيب بأن
في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكتب في
الجواب بقوله إن في الصلح المرضاة إذا لا مانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر
واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية
وتحذيره لا ينافي في رضا الآخر غير الواجب وهذا كناية للداث خذ بينك أن شئت دراهم وان شئت دنائير وان شئت عروضا ومعلوم
أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين كذا في شرح الزيلعي وأعمال بلغت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين
القصاص لموجبة العمدية حيث خبر الولي بين القاتل وأخذ الدية غاية أنه أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم إقادته الشافعي لا يفيد لنا
فان مطلوبنا تعين القصاص لموجبة تأمل (قوله فإنه شرع زجر أعما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الثاني وهو واضح فان قيل يجب أن القياس لا يسبح فليحقق دلالة لانهم مائة لان في المناط وهو
الستر ولا يعتبر اصفه المدة كالمحرم اذا قتل الصيد فانه كقتله خطأ فألجواب أن المائة ممنوعة فان ذنب العمد لا يستبرئ العمد
صلاحيته لعلها كالمحرم فان قيل قد دل (٣٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى

الله عليه وسلم بصاحب لنا
قد استوجب النار بالقتل
فقال أعتقه وأعتقه رقية يعتق
الله بكل عضو منها عضوا
منه من النار وإيجاب النار
انما يكون بالقتل العمد فلما
لأن سلم لجواز أن يكون
استوجبها بشبهه العمد
كالقتل بالحجر أو العصا
الكبيرين سلمناه لك
لا يعارض اشارة قوله تعالى
ومن يقتل مؤمنا متعمدا
جزاؤه جهنم خالدا فيها فان
الفاء تقتضي أن يكون
المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا
الكفارة لكان المذكور
بعضه وهو خلاف قال
(وشبهه العمد عند أبي حنيفة
الخ) اختلفوا في تفسير هذا
النوع من القتل فقال أبو
حنيفة رحمه الله شبه العمد
هو أن يتعمد الضرب بما
ليس بسلاح ولا أجرى مجراه
سواء كان الهلاك به غالبا
كالجحر والعصا الكبيرين
ومدقة القصاص ولم يكن
كالعصا الصغيرة والاهوان
يتعمد الضرب بما لا يحصل
الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة
اذا لم يوال في الضربات فأما
اذا والى فيها فليل شبهه عمد
عندهما وقيل عدم محض قالوا

ولان الكفارة من المقادير وتعين في الشرع ارفع الادنى لا يسهل الرفع الاعلى ومن حكمه حرمان المبررات
لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبهه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف وشهد وهو قول الشافعي اذا ضرب به شجر عظيم أو شجرة
عظيمة فهو عمد وشبهه العمد أن يتعمد ضرب به عمالا لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة
لا يقتل بها غالبا لما أريد قصده بهما غيره كالنأديب ونحوه فكان شبهه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث
لانه لا يقصده الا التل كالسيف فكان عمدا موجباً للقتل
كبرية محضة لأصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة
يلزم أن يشكك الدليل المبرر به سواء كان جنابة الفعل أو جنابة المحل وكون الجنابة على المحل
يستوى فيهما العمد والخطأ أعني بقيد لو وأورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ
بأن ما قلناه في جنابة الفعل دون جنابة المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ما
قلناه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا فلو كان
قتل صيد الحرم جنابة على المحل لاجنابة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل
من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعين في الشرع ارفع الادنى لا يدل
على تعينه ارفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ
يعني أن تعين الكفارة في الشرع ارفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعينه ارفع الذنب الاعلى وهو
العمد فان كرم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها
قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة
ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقه
عنه رقية يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وإيجاب النار انما يكون بالقتل العمد فلما
لأن سلم لجواز أن يكون استوجبها بشبهه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لك لا يعارض اشارة
قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء
فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور جزء بعضه وهو خلاف انتهى أقول للخصم أن يقول هذا مشترك الزام
اذا القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعد هائل الجزاء لزم
أن يكون القصاص أيضا مذكورا في الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وان جعل الجزاء المذكور في الآية
على الجزاء الاخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنوي فلهذا
لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين
أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان
دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها على أن القصاص ليس من جزاء
القتل العمد كالكفارة فقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة
النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى

سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمدية والامكان عمدا او قصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل
بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالنأديب ونحوه لاني استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل
(قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد
في النار ولأن أن تقول أريد بالخلود المكث الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط (٣٥٩) والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان

وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة)

وثانيهما ان القصاص جزاء المحل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقر في كتب الاصول أيضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا معدا جزاؤه جهنم خالدا فيها جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن الميسر والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المسدة انتهى أقول ليس شئ من ذلك الدليلان المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل يستقيم أما الاول فمنه ما قلنا كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد لا ينفيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المنصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا معدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى وأما الثاني منهم ما قلنا أنه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من متمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أئمتنا جملوا متمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره الصلابة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي عليه المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والمجرب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب الميسر والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضى البيضاوى في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا ما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في مقيس بن حباب وجدأ خاه هشام فقتل في بني النخار ولم يظهر قتاله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعا اليه ديتة فدفعوا ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضى (قوله وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا والحقاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا وأما ما كان يرد عليه أن يقال ان تعيين الدفع الذنب الادنى في الشرع لا يعين الدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا

ابن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتل السوط والعصا مطلقا شبهه عمد فخصمه به بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساوي في كونها ما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبلا استعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساوى والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله (وموجب ذلك) أى موجب شبه العمد على القولين يعنى قول أبى حنيفة وقولهما (الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب) على ما مر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث) أقول قال ابن العز الحديث حجة عليه لانه فان العصا يطلق الاعلى مالا يقتل غالبا ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعا واسطوانة ونحوهما وعلمنا فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى وجوابه أن العصا الكبيرة اذا ضرب بها عمد عندهما

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعيين الدفع الأدنى لا يعين الدفع الاعلى كما سبق آنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة) احتريز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد له عمدان عن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عدا فان في هذه الصورة تحب الدية على القاتل في ماله وقوله (القضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٣) ماروى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والماروى عنه كماروى عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم لأنه لما لا يعرف بالرأى وقوله (فأجته عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الآن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول مارويناه والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) انما انحصر الخطأ في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجراحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغالبة وسنتين صفسة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (ويعلق به حرمان الميراث) لانه جزء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمد فأجته عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا بظنه صيدا فاذا هو ادمي أو بظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فحريز برقة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهي على عاقلة في ثلاث سنين لما بيناه

الى الالة قد دخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فحريز برقة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا باقتباس على الخطأ وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فادوه انتهى وقد كانت الجنابة في حديث جمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن جمل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احدهما الاخرى بعرو فسطاط أو بسطح خيمة فألقت جنينا متافا ختصم أو ليا وأهالي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا لولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لاصاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ودم مثله بطل فقال عليه السلام أسمع كسميع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فادوه وهكذا ذكر في المسوط أيضا ولا رب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكرنا في تفصيل ذلك في الحديث انما كان بمنزلة شبه العمد دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمد فأجته عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام الآن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول مارويناه وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد فانه قال لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور رجحة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا بظنه صيدا فاذا هو ادمي أو بظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب ادميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا بظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب ادميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما محزني من جزئياته فكان أخص منه جدا فلا يصلح أن يكون تفسيره فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول الاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث جمل بن مالك على ما سألني في المعاقلة والقتل فيه كان شبه عمد وفي معراج الدراية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبه أن امرأتين ضربتا احدهما الاخرى بعرو فسطاط فقضى عليه الصلاة والسلام عليهما

بالدية على عصبية القاتلة متفق عليه وهو حديث جمل بن مالك في الغرة كما ينبغي وانتهى فكيف يقاس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلخيص

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملة الممدود وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد الخ) هذه صابغة كريمة لمعرفة من يجب له القصاص وحقق الدم منه أن ينفك وقوله (على التأييد) احتراز عن المستأمن فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزالة بالسواة المنى عنها القصاص ولا يدم من صفته الممدية لما بيننا من قوله صلى الله عليه وسلم الممدود ومن أن الجناية بهم اتسكامل وفيه بحث من أوجه الأول أن العفو مندوب إليه وذلك لأن في وصف القصاص بالوجوب الثاني أن حقن الدم على التأييد غير متصور لأن أنهي ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والى ما بيننا تعالى الثالث أنها ممتدة بقتل ابنه المسلم فأنهم أسوة فيه ولا قصاص الرابع أن قيد التأييد لثبوت المساواة وإذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني (٣٥٤) أن المراد بالحقن على التأييد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد إذا قتل عبدا) أما الممدية فلما بيننا وأما حقن الدم على التأييد فلتنفي شبهة الإباحة وتحقيق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المفاصلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبدئي القصاص على المساواة وهي متفقة بين المال والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأن ما يستويان وبخلاف العبد حيث

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما الممدية فلما بيننا) من قوله عليه السلام الممدود ومن أن الجناية بهم اتسكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا اه أقول فيه نظر لأن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل الممد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الممدود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال إنه تقييد بوصف الممدية لقوله عليه السلام الممدود أي موجه ولا أن الجناية بهم

لامعتبر به ورجوع الحر إلى داره أصل لا عارض وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الآية وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم الممدود ذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

تسكامل

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما بيننا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه بالضرورة ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوا إذا أرادوا الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عنده مطالبة الولي بالقصاص يأثم وقد فسرهم هذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الأصل) أقول الأصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الآية) أقول الظاهر أن يقال لحمة الآية ومرة إذا شارح الشبهة الناشئة من الآية في دفع القصاص وهي شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان) أي يرى القصاص بينهما فان قال جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تنفع منه كباين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك ما نه اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدلل به من المقابلة في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله (لا تنفي بالانثى) فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احدهما فضلا على الاخرى (٣٥٥) اقتتلتا فقتلت مدعية الفضل لارتضى الا يقتل

الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم ولم يذكروا الجواب عن الاطراف وقد اوجب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا ينقطع العبد الصحيحة بالسلاء ولا مساواة بينهما ما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء رجعهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدلل الاولون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال (والمسلم بالذمي) خلافا لاشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه تكامل الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما الممدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز أن تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تنفع منه كباين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك ما نه اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعة شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالجواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والمسلم لا يجري بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عداه) هذا جواب عما استدلل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكور ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقتلت لارتضى الا يقتل الذكور منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم كذا في الشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكور ان لم يدل على نفي ما عداه الآن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيده القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرهما والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قرئش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الأئمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينه لا واحدا من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التسليم أن الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجب وزجها على الجنس اذ لم يكن هنالك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا أن يعطى فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد وقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقتلوه ثم قاتلوه حتى لا تكون فتنه أي فتنه الكفر في وورث

(قوله وقد اوجب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان) أقول يعني لا يكفي فيه المساواة في العصمة بل لابد من المساواة في الجزء المبان في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

فلذا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بماروي) جواب عما استدلوأ به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موضوعا لا بغيره وهو قوله ولا ذوعه في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذوعه في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعه مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقتدر ولا ذوعه في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعه هو الحربي بالاجماع فيقتدر بكافر حربي وإذا لا بد من تقدير حربي يقتدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والأعم لادلالته على الاختصاص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خالف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح تقيده وقتله واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٣٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيما فهو حرام لكن لا يقتص منه والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كأنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن) لأنه غير محفون الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع

الشبهة والمراد بماروي الحربي لسياقه ولا ذوعه في عهده والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محفون الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بماروي الحربي لسياقه ولا ذوعه في عهده والعطف للمغايرة) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعه في عهده فإنه عطف على مؤمن فاعني ولا يقتل ذوعه بكافر ولا شك أن ذالعه هو الذي انما لا يقتل بالحربي دون الذي فإن جريان القصاص بين الذميين مجتمع عليه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا لأن العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المسلم المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذوعه في عهده ابتداء كلام أي لا يقتل ذوعه في مدة عهده قلنا لأن الواو للعطف حقيقة خاصة وصافيا لا يكون مستغلا بنفسه والمراد بالأول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذلك في الثاني تحديق ما يقتضي العطف من المناسبة بين الجملة وبين هذا جملة ما في الكافي وأكثرا شروحا في هذا المقام أخذنا من البسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بماروي جواب عما استدلوأ به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موضوعا لا بغيره وهو قوله ولا ذوعه في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعه في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعه مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقتدر ولا ذوعه في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعه هو الحربي بالاجماع فيقتدر بكافر حربي وإذا لا بد من تقدير حربي يقتدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والأعم لادلالته على الاختصاص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون

حرام لكن لا يقتص منه والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كأنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن) لأنه غير محفون الدم على التأييد (ولان كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربي

(قوله فلذا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم الآن يقال

(٣٣ - تكمله ثامن) العسمة لا تجزى (قوله والعطف للمغايرة) أقول قال الاتقاني ولما في هذا الكلام نظر لأن نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعه في عهده على كافر لاندلوعطف عليه لتقبل بالحربي هو عطف على مؤمن ولكن نقول أن الذي يقتل بالذي بالاتفاق فسلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذي اه فيه بحث وفي الكفاية فإن قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة اه وبه نذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقاني فليتأمل (قوله فيقتدر ولا ذوعه في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون) أقول له إن يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذلك انتهى في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والالكان ذلك أعم) أقول أي الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فما فرضناه دليلا) أقول أي على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خالف باطل) أقول المقتدر في الثاني لفظا كافر كما في الأول فيصالح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقييده بالحربي بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً
لقيام المبيع (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاجمي والزمن وبناقص الاطراف
وبالجنن) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت قياساً وراء العصة امتناع القصاص وظهور التقائل

دليلاً عند اخاف الى هذا لفظ العناية أقول فيه مغلل من وجوه اقول ان الاعم انما لا يدل على الاخص
بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أي لا يدل الاعم على أن يكون المراد منه هو الاخص
وحده وهذا معني ما يقال في العلوم العناية لادلالة تعام على اخص باحدى الدلالات الثلاث وأما
من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعاً بامطة دلالاته على معناه العام الشامل لذلك
الاخص ولغيره أيضاً ألا يرى أننا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك أنه يدل على كون الانسان
متحركاً بالارادة كسائر الحيوانات لان دراجته تحت الحيوان وكذلك حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها
من الجزئيات وهذا أمر لا ستره به فصيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافراً أعم من الحربي
والذمي ادل على أن لا يقتل مؤمن بنى من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون
ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله على مدعاه كإزعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه
دليلاً للشافعي دليله لا يقتضي تقدير شيء في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك
الحديث دليلاً على مدعاه بل جعله دليلاً عليه انما يصح به تعيين معناه فإما معنى الاستدلال على عدم عموم
الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله على تقدير عموم كفاؤه مقتضى
تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذوراً وان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله لازم
أيضاً على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحربي مبين للذمي بالاحتمال وعدم
دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لم من أن يكون كافراً في
الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله فلا يلزم من أن يقيده كافر في الحديث بحربي
أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجمله قد خرج
الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سائر الصواب بالكيفية فضل عن سبيله ثم ان صاحب
الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظراً لاننا نقول نعم العطف
لغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوعهد على كافراً لانه لو عطف عليه لقبل بالحرب بل هو عطف
على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بال اتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه أقول نظره
في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للغايرة ليس لبيان مغايرة ذوعهد في الحديث لكافر حتى
يتجه ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذوعهد لم يعطف على كافراً بل لبيان مغايرته مؤمن دفعاً
لاحتمال أن يكون المراد بذوعهد في الحديث هو المؤمن أيضاً اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون
المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي أيضاً عند الشافعي فلا يلزم التقييد بحربي وأما اذا كان
ذوعهد غير المؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم أن لا يقتل
الذمي بالذمي أيضاً مع ان خلافه مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للغايرة
ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جداً تقرر بصاحب السكاكي وبعض الشراح المتقدمين فكيف
لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا
قوله ولا ذوعهد في عهده وحمله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأييد ولم يقبل رأى
هو لاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو
إشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوعهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روي ولا نأقدرنا

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا أنه ليس محقون
الدم على التأييد وقيل هو
إشارة الى قوله صلى الله
عليه وسلم ولا ذوعهد في
عهده وليس بواضح لان
المعهود منه في مثله لما
روي ولا نأقدرنا ذلك
بكأنفس حربي الا اذا أريد
هناك بالحربي أعم من أن
يكون مستأماً أو محارباً
وهو الحقيقى ويغنيان عن
السؤال عن كيفية قتل
المسلم الحربي والجواب
عنه وعبر بقوله لما بينا
لان التقدير المذكور ليس
بحرورى وانما هو تأويل فلم
يقبل لما روينا وقوله
(لعمومات) يعنى الآيات
الدالة بعمومها على وجوب
القصاص وقد ذكرنا هذا
وقوله (ولان في اعتبار
التفاوت الخ) يصلح لجميع
ما خالفنا فيه الشافعي
رحم الله

(قوله لان التقدير المذكور
ليس بحرورى) أقول يعنى
غير مذكور على قصد
الرواية بل لتتميم الدليل

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعال به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو وجدته زانيا وهو محصن فيجوز ان يهدى به الحكم من الوالد الى الجسد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم ثم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث (٣٥٩) يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو

قال فمن المحال ان يتسبب لفنائهم لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله) وطوبى بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنه وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجمارية ابنة لان حق المالك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيل صار شبهة في الدرة

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجي في باب الشهادة

والثاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطل لاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لحيائه فمن المحال ان يستحق له افناءه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ذلك بكافر حر بي الا اذا أريد هناك بالحر بي أعم من أن يكون مستأمنأ ومحارب وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحر بي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمرور وانما هو تأويل فلم يقل لما بينا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحر بي والجواب عنه نظرا لانه اذا أريد هناك بالحر بي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فإما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحر بي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وجزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعه في عهد عطف قوله ولا ذوعه في عهد الله على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعه في عهد عطف قوله ولا ذوعه في عهد الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتل بعبد ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البزدوى لما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مخصص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبد ولا بعبد ولده فصارت ظنيا لجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنة ولو كانت من أخبار الاحاد ولكه غير تام اذ قد تقرر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخدرا جديلا مفضول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو عبده ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا به انما ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لأقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرفت في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوى (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فن المحال ان يتسبب لفنائهم لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القتيل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فن المحال ان يتسبب لفنائهم فأما ان أراد بتسببه لفنائهم استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه ان فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتمالا في درة القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجمالى كتبته تذكرة (قوله ولو قال فن المحال ان يتسبب لفنائهم) أقول وأنت خير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فن المحال ان يستحق لاجله افناءه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الابوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه سبب لحيائه وقوله (ولاولاده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأخير عن فعله لرفع الفعل يعني ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي إلا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يظهر أن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يدرجل فمات منه فعل به مثل ذلك وعمل مثل تلك المدة فإن مات والا تخرز رقبته وإن كان بفعل مشروع كان سقاء الخرج حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف وهو نصوص على نفي استيفاء القود بفعله ويطلق بهما كان سلاحا) فإن قيل يحتدل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف أحجب بأن القود اسم للفعل هو عزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل إليه وهذا مختار صاحب الأسرار وخبر الإسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لابي حنيفة (٢٦٠)

والجدة من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد عدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبر ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد مالك بعصمه لأن القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه مسقط) حرمة الأبوة قال (ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي بفعل به مثل ما فعل أن كان فعلا مشروعا فإن مات ولا تخرز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح وإن فمأذبه إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لأن فيه الخبز بعد فعل مثل ما فعل به وأنه غير جائز لادائه إلى انتفاء القصاص فيجب التخرز عنه ككافي كسر العظم فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عدا فانه لا يقتص منه وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهيم الزيادة فلا يجوز ترك البعض أولى قال (وإذا قتل المكاتب عدا وليس له وارث إلا المولى

في التقرير وقوله (ولأن فيما ذهب إليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة ووجهه أنه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لأن فيه الخبز بعد فعل مثل ما فعل به وأنه غير جائز لادائه إلى انتفاء القصاص فيجب التخرز عنه ككافي كسر العظم فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عدا فانه لا يقتص منه وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهيم الزيادة فلا يجوز ترك البعض أولى قال (وإذا قتل المكاتب عدا وليس له وارث إلا المولى

يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم) وقوله والجدة من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا) أقول من العجائب هنا أن الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدرى قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الأم ولم يطلقها وذكر في الإيجاد من قبل الرجال والنساء والأم ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلا فوقع لي شبهة في الجدة من قبل الأب وقد زالت بحمد الله تعالى عما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وإن علا ولا فاما مالك فيما إذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب التنبية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف وهو نصوص على نفي استيفاء

الخ) إذا قتل المكاتب عدا فلا يحل أو إيمان أن تركه وفاء أولم يتركه فان كان الأول فلا يحل أو إيمان أن يكون له وارث القود غير المولى أولا فان كان الثاني فله مولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يرى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه عام حول الدرعا الشبهات ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيمين الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل

(قوله ويلحق بهما كان سلاحا) أقول يأتي عن الإلحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباء (قوله فان قيل يحتدل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف) أقول لا يمكن أن يورد هذا من طرف الشافعي لأن القتل بالمثقل بوجوب القود عنده (قوله أحجب بأن القود اسم لفعل هو عزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل إليه) أقول كان مراده أن خبر لا إذا كان من الأفعال الخاصة فيجب ذكره وقوله يجب ليس خبر إلا يل هو معتبر في مفهوم القود فانه بضد دان يجب إذا كان وحدي مقابل القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود ككافي المعنى الآخرة تدبر ثم اعلم أن ضمير عليه في قوله والحمل عليه راجع إلى ما في قوله دون ما يجب شرعا

بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن في يد المرتين لم يجيب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتين لاملالك فلا يلبيسه والراهن لو قتل لم يلبيس حتى المرتين في الذين فيشترط اجتماعهما البسطة حتى المرتين برضا قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيسه ان يقتل)

العامة ولم يترك ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله ورثته ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا ترى ان اكثر المسائل المذكورة في ابواب هذا الكتاب وفصوله متعددا لاحكام مع انه لا مجال لان يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الاخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قوله لم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلا ينبغي القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة ارقاء أولى كما لا يخفى (قوله بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز) قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه لمخمس الكرخي وايس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المالك لا ينسخ فيه الكتاب فكانهم لم تكن وموت المعتق لم ينسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالاولاد وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه اقول فيه نظر قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يقضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المالك عبد او ليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالاولاد وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فن أين لا يثبت له الاستحقاق عندهم عجز واختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الخ فحينئذ يصبح تيم ما أجله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالي باختلافهما لا إفضاء الى المنازعة تأمل توقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيسه ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيسه المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيسه وهو جند المقتول الاستيفاء اقول هذا تقصير في بيان المسئلة فان من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير مخدوم في ابن المعتوه بل بعم ابنه وغيره كاخيه وأخته لام من غير أبيه وكأمة المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه بعم الكل فسامعني تخصيص المسئلة مع عموم جواها وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيسه

وقوله (بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجيب القصاص لان المولى لا يعرد بوفاته ولا ينسخ بالعجز زمانه متى منه رقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيسه) وهو جند المقتول الاستيفاء

ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بتبديل رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع سلاء كان للظورع يده العدول الى المال بتبديل رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل سبه بكماله فكذلك اذا جاز العدول الى المال بتبديل رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحجر سبه وحرية اولاده اذا أدى بدل الكتابية من قيمته اه والمراد اذا كان في القاتل ماله حتى لا يخالف مذهبا على ما سبق

(لأنه من) باب (الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها) أي إلى النفس (وهو تشق الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص لأنه شرع لتشق وللاب شفقة كاملة يعذر روالد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشق كالخاصل للابن بخلاف الأخ (وله) أي لولي المعتوه (ان يصالح) لكن على قدر الدية فإن نقص يجب كمال الدية لاند أنظر في حق المعتوه وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى (٣٦٣) قوله لأنه من الولاية على النفس وقوله

(لاند ليس له ولاية على نفسه)

(أي نفس المعتوه) (وهذا)

(أي الاستيفاء) (من قبيله)

ويندرج تحت هذا

(الاطلاق) يريد قوله والوصي

بمنزلة الاب في جميع ذلك

وقوله (ان الوصي لا يملك

الصالح) يعني عن النفس

وأما عمادونها فيملاء

وقوله (وانه) أي المال

(يجب بعقده) أي بعقده

الوصي

لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشق الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصالح) لاند أنظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لماذا كرنا (والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل) لاند ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصالح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصالح ان الوصي لا يملك الصالح لأنه تسرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصالح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص

المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه واقتي أثر جماعه من الشراح والحق ما قدمناه من التجميع وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشق الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا لا في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما نسبته الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فانه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراعاة الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره ~~كان~~ لا يبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كماله ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراعاة الشراح التنبية على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الأخ مثلاً يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فإنه يملكهما معا وينتوا وجه الفرق بأن القصاص شرع لتشق وللاب شفقة كاملة يعذر روالد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشق كالخاصل للابن بخلاف الأخ فقول صاحب الغاية لان الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا أساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدها عبارة المحيط البرهاني فإنه قال في نفسه واذا وجب القصاص لصغير أو معتوه في النفس أو فيمادون النفس وله أب ولا حتى للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاء عنه عند علمائنا خلافا للشافعي اه وان أراد بذلك ان الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعاً (قوله وله ان يصالح لأنه انظر في حق المعتوه)

(قوله ولا يتوهم أن كل من

ملك الانكاح ملك استيفاء

القصاص كالأخ فإنه يملك

الانكاح دون القصاص)

أقول قال الاتقاني قال

بعض الشارحين في هذا

الموضع كل من ملك الانكاح

لا يملك استيفاء القصاص

فان الأخ يملك الانكاح ولا

يملك استيفاء القصاص

فأقول هذا ليس بشئ لأن

الأخ يملك استيفاء القصاص

اذا لم يكن ثمة من هو أقرب

منه كالأب والابن وكذا

يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة

ولي أقرب منه فاذا كان ثمة

أقرب منه فلا يملك الانكاح

أيضا لان من يستحق الدم

هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا لا في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه

وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الأخ المعتوه والاب حتى (قوله لأنه شرع لتشق) أقول هذا

تعليق لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

تعليق لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشبي في وهو مختص بالاب ولا يملك العبد فلو ان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فنهرا أولى
وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كالأعمال في النفس لان المقصود مختص وهو
النشني وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يستلزم بها ملك الاموال فانما اخلفت وقاية للاقتصر
كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة
الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه

قال جهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط
وان قل ويجب لكل الدية اهـ وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنتز وقال صاحب الفقيه قال
بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وان قل ويجب
كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث يجوز صلح أبى المعتوه
عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بدية قدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من
قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء
القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره وإذا وجب
لرجل على رجل قصاص في نفس أو قيمادونهما فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز
قليل كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس وأرشد الجراحه أو أكثر الى هنا لفظه أقول نظره
ساقط فان لأصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهدين الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما
صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر ههنا كذلك والظاهر أن الشراح
أخذوا التقييد ههنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس
الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد بدرجة الله في هذه المسئلة
ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل
والكثير ممنوع فان في القصاص تشفى الصدر ومادون الدية في مقابلة تشفى الصدر لا يبعد نفعاعرفا
ولا لاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يبعد نفعاعرفا وعادة وأما
تدويره عما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان
المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقيل له جائز
بالارب ان له اسقاط حقه بالسكينة بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف
ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لان نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا
بد في تصرفه من النظر ان له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق
بين التصرف لنفسه اصاله وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول ببق شي في أصل الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في
حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند ما كان
المصالحه على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعى ما هو الا نظره
ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الا نظره لان في
خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضى أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحه
على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحه أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل
الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحه أنظر في حقه من
وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو اقلان كان فلهما الاستيفاء عند علمائنا رحمه الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجهه ما ظاهر على ما ذكر ووجهه أبي حنيفة رحمه الله مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤس حال (٣٠٦٥) الاستيفاء فالتنفي الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فالكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فحينئذ لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فاضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المجل بان كان للقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير أن يقال بان كان للمقتول اخوة به ضدهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلامه ذلك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارة بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الإشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لافي جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين الموليين أي وأحدهما غائب واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال أقول ليس هذا بشرح صحيح عندى اذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين الموليين مستردا كحضا اذ يتناول حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين الموليين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين الموليين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليمتدح بمجموع القولين فلا يحتاج الى التفسير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين الموليين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المسدودين بل يكون كل من قوله المزبورين إشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للآخرى وبواقع صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة الموليين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى "قصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجرد محذور في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

بسبب لا يتجزى وهو القرابة مثبت لكل واحد كما لا كولاية في الادراك واعتراض بان له كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتل وعفا أحدهما الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد ولو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب ما لا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القاتل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بأنه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كما لا (قوله وأجيب بأن الحق واحد ولو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال)

(٣٠٦٥ - تكمله ثامن) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العاني ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العاني فيجوز أن يسقط في حق العاني وثمرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحد وسقط في حق العاني أو رث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجهه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

منوعة) جواب عن قوله
أركان بين المولى وبين
منه ما ذكر في الأسرار
لأن ولاية أبي عبد الله عليه
السلام ثم قتل أو قتل منه
مربان فيه وزن يقال
لأنهم إن أسدما لا يتفرد
بالاستيفاء وإن أسدما لا يتفرد
المولى بين انما لا يتفرد
بالاستيفاء لأن السبب
لم يكمل في سقته لأن بعض
المسلكت ببعض الزلا ليس
بسبب أصنافا فكانا
كنحصر واحد والواحد
منهم ما كنصف رجل
وشطره وقوله (ومن
ضرب رجلا بـ الخ) واضح

(قوله وليس أسدما أحده
المولى بين انما لا يتفرد
بالاستيفاء) أقول فيكون
قوله أنه حق لا يتجزى
مختصا بما إذا لم يكن
السبب القرابة كما لا يخفى
(قال المصنف وفيه خلاف
أبي حنيفة رحمه الله تعالى)
أقول فيه أن قضية المساق
أن يقول وفيه خلاف أبي
يوسف ومحمد فليتأمل
(قال المصنف وهي مسألة
المرواة) أقول فيه بحث
بل تلك أهم منها فإن القتل
بالسوط قد يكون بدون
المرواة كما إذا ضرب صغيرا
فمات منه وجواب أن
الضمير عائدا إلى خلافة
الشافعية لا إلى مسألة
القتل بالسوط مطلقا فهم

واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهم ما كذا في ولاية النكاح بخلاف الكبيرين لأن
احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولى بين منوعة قول (ومن ضرب رجلا بـ فقتله) فإن أصابه
بالحد يد قتل به وإن أصابه بالحد ففعله الله) قال رضي الله عنه وهذا إذا أصابه بحد الحد يد لم يوجد
أخرى فكمل السبب وإن أصابه بغير الحد يد فغسله بحد الحد يد وجوب وشروطه عن أبي حنيفة اعتماراً منه
لأنه وشو الحد يد وعنه انما يجب إذا جرح وشو لا يصح على ما بينه أن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب
يستحب الميزان وأما إذا ضرب بالحد فغسله بحد الحد يد وجوب وشروطه عن أبي حنيفة اعتماراً منه
حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالحد فغسله بحد الحد يد وجوب وشروطه عن أبي حنيفة على ما بين
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وفي مسألة المرواة أنه أن المرواة في الضربات إلى أن
مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا أن قيل خطأ العمد ويرى شبه العمد الحديث
ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن المرواة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعترافه القصد في خلال الضربات
فيجري أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائمة لا تفود فوجب الدية

لأنه مال والمال متجزى بالأرب فالأرب في بيان ككون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي
ومعراج الداراة أثناء تقرير دليل الامامين وهو أن القتل غير متجزى لأنه تصرف في الروح وهذا لا يتصل
التجزى ثم إن بعض الفضلاء طعن في قوالهم هناك بسبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون
سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة
أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو القرابة وفي المعتق والمعتقة هو الزلا دون
القرابة إلا أن الظاهر أن قوالهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب الكون أو لبقاء القتل في الأكثر
قرايبه وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيقيم الكل
(قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهم ما كذا في ولاية النكاح) قال
الشراح وجهه أبي حنيفة مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغير والكبار الغيب من حيث احتمال العفو
في الحال وعدمه فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا
والماض لا يشعر بدفعه واستوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأبوس حال
استيفاء القصاص لأننا ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لأن
ذلك يتردى إلى سد باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط
شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحمدي أقول انما قل أن يقول إذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون
قريبه مقتولا بأن كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل أن يتيوهم منه العفو في الحال إذا عفوا عن
الشيء فرغ الشعور بخفيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسألة الغائب نعم مثل هذه الصورة أيضا
فكيف يتم فهم ما ذكرنا من التفرقة ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك
الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوت وبرئت منه فبندر ج في هذه الكلية
عذره عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصومه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الأولياء
غائبا وإن كان وهو ما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجتماع ولعل حل هذا المقام
بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أحسنه الجهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالحد فغسله بحد الحد يد وجوب وشروطه عن أبي حنيفة اعتماراً منه
وفي خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا بل يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمه الله
لأن الحكم المذكور في أصل المسألة وجوب الدية عند الإصابة بالحد ولا وجوب القود عند
ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالحد ولا في وجوب الدية فيه فإن وجوبها فيه عين

وقوله (ومنهم المفسدة
للجلمين) الجلم الذي يجزبه
يهما جلان

مذهب أبي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا
جدالم يتعرض له أحد من الشراح لامن جهة القدح ولامن جهة التوجيه فكأنهم لم ينتبهوا له (قوله
لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أي للشافعي ولهما لكن للشافعي
الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية
حيث قال وقوله لهم أي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما
بالمعقول اه أقول لا مساعد في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول
حيث قال ولان الآلة فانه وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة فانه الخ معطوفا على قوله لهم
قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما
يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث
ولهم المعقول وهذا لا يكون إلا بشارة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل توقف وقال صاحب
الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي
الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعلم في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه
السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان
من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن
اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم
لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق
غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وشئ منهما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانها اذا تعارضا
نساقتا لا تناقولا لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفي
القصاص الا بالسيف لان اسقاط لا يصلح لأن يتسلك به مع ان ائمتنا تسلكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا
عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي
كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التخريق على حقيقة وأما الامامان فيحملانه على الكناية
عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التخريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون
التعبير بغرقناه لمشاكاة قوله من غرقنا وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه
السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما
أمكن في التوفيق والجمع بينهما واههنا الخاص عند هما يتيسر بحمل التخريق على الاهلاك والقول
على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتيلا خطا العمد قتيلا السوط والعصا
وفيه وفي كل خطا أورش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسئلة

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام (من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهم ما أن لا قودالا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدله على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالعقول) أقول ويجوز له ما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية وأما القصاص بالتعريض فلم يجز له ما به لوجه وود نص أقوى منه لا قودالا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون متروكا بالكلية ويجوز للشافعي الاستدلال بالعقول أيضا في التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف ومنه المقصة بل من) أقول قال الكاكي سمعت المقصة مقصدة لأن

(١) في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار إليه المصنف فيما بعد بقوله وما رواه غير مرفوع تأمل اهـ منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لأنه يلزم على قوله النخريق بالتخريف وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعذاب الله (أو وهو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (إليه) أي إلى كونه محمولا على السياسة (إضافته إلى نفسه) حيث قال عز قناه ولم يقل عز قفه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني أن اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة فإنه روى عنه أنه لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فأنها واجبته عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سبب دم محققون على التأييد عمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة وقوله (وإذا التقي الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفًا على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي نالوا روى أن سيوف المسلمين نالت على الإيمان أبي حنيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقتل سيوف المسلمين صلى الله عليه وسلم (٣٦٨)

ولا تماثل بين الجرح والذوق قصص والناسي عن تخريب الظاهر وكذا لا يمتثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثل نادر ومارواه غير مرفوع أو وهو محمول على السياسة وقد أومت إليه اضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه قال (وإذا التقي الصفان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه وخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على الإيمان أبي حنيفة فقتل سيوف المسلمين صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا إنما يجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركون لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثرت سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشبهه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجني ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرًا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبنا في كتاب التجنيس والمز يد فلم يكن هدرًا مطلقًا وكان جنسًا آخر وفعل الأجني معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكانت النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال (ومن شهر على المسلمين سيفًا فاعلمهم أن يقتلوه)

وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرًا في حق النعمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات خفف أنفه بمرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لأن جنايته على نفسه معتبرة فصارت كالبغي وقوله (فلم يكن هدرًا مطلقًا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصولا

القتل

يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص وهي كذا من جنس واحد وكلامه واضح

كل واحد من الحديد بين يمان الآخر اه وفي شرح الشاهان لأنه سوى به ما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه أولى لاسم المذعة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع) لأنه يلزم على قوله أو وهو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن نمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبدًا قتلناه كذا في فوائد جيد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لأنه يلزم الخ مسند للنوع وقوله أو وهو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تتميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبدء أو قوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال السكاكي وهذا أثر كون فعله معتبرًا في حق نفسه لأنه صار باعيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

فصل ومن شهر (قوله ألحق بها فصولا يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور وعليه يوجب القصاص إن لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبيئة

وقوله (أطل دمه) أى أهدر وقوله (والمعنى) أى ومعنى الزجر (دفع الضرر) لأن الرأجب هو دفع الشر على أى وجه كان لا عين القتل وقوله (المأينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعنى إذا صاد على إنسان فقتله المصول عليه عدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبهه المكروه) يعنى أن المكروه لما صار مسأوب الاختيار من جهة المكروه أضيف التلف إلى المكروه فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبهه المكروه على المكروه في قتله وقوله (قائل دون مالك) أى لا أجل مالك وقوله (فكذا استرداد فى الانتفاء) لأنه أسهل من الابتداء والله أعلم

(قال المصنف لقره عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل (٢٦٤) على إباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى

ذلك ظاهرا (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول أى وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر (قال المصنف ومن شهر على رجل سلاحيلا أو نهارا أو شهر عليه عدا يضمن الدية وان كانت تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرًا قالوا فإن كان عدا التلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحيلا فقتله المشهور عليه عدا فله الدية فى ماله) وقال الشافعى لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبى يوسف أنه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبي والمجنون للشافعى أنه قتله دفاعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بقتله فأشبهه المكروه ولا بى يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر فى الجلالة حتى لو حققناه يجب عليهم الضمان وكذا عصمتهم ما لحقهم ما وعصمة الدابة ملحق ما لكها فكان فعلهما مسقطا لعصمة دون فعل الدابة ولأنه قتل شخصاً معصوماً أو تلف ما لا معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهم ما لحقهم ما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهم بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحيلا فى المصر فضره ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه إذا ضر به فأنصرف به لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفاعاً فى الانتفاء فكذا استرداد فى الانتفاء وتأويل المسئلة إذا كان لا يمكن من الاسترداد بالقتل والله أعلم

أقول ظاهراً (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول أى وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر (قال المصنف ومن شهر على رجل سلاحيلا أو نهارا أو شهر عليه عدا يضمن الدية وان كانت تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرًا قالوا فإن كان عدا التلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحيلا فقتله المشهور عليه عدا فله الدية فى ماله) وقال الشافعى لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبى يوسف أنه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبي والمجنون للشافعى أنه قتله دفاعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بقتله فأشبهه المكروه ولا بى يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر فى الجلالة حتى لو حققناه يجب عليهم الضمان وكذا عصمتهم ما لحقهم ما وعصمة الدابة ملحق ما لكها فكان فعلهما مسقطاً لعصمة دون فعل الدابة ولأنه قتل شخصاً معصوماً أو تلف ما لا معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهم ما لحقهم ما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهم بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحيلا فى المصر فضره ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه إذا ضر به فأنصرف به لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفاعاً فى الانتفاء فكذا استرداد فى الانتفاء وتأويل المسئلة إذا كان لا يمكن من الاسترداد بالقتل والله أعلم

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكتابة واكتفى بالدليل العقلى مع كون عادته أن يقتنى أثر صاحب الهداية فى وضع المسائل وبسط الدلائل

عليه عدا فى المصر ثم أرافقه له المشهور عليه بالحديث عدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث وفى المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبث وبخلاف المفازة أو كان فى المصر ليلا لأنه لا يلحقه الغوث وان كان الخشب أو الحجر عظيم لا يلبث فهو بمنزلة السلاح فى هذا الحكم (قوله فقتله المصول عليه عدا يضمن الدية والقيمة) أقول الأولى قطع الكلام عند قوله عدا أو يتمه بقوله وعند الشافعى لا شئ عليه كما لا يخفى (قوله يعنى أن المكروه لما صار مسأوب الاختيار الخ) أقول هذا الكلام على هذا التقرير كلام الزامى من الشافعى والأفندي يجب القصاص على المكروه والمكروه كما مر (قال المصنف وانما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغى أن يراد بالمبيع ما يعم الموجب (قال المصنف فتجب الدية) أقول لأن أثر الاضطراب فى دفع الأثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول فيه شئ أذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

لمافرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسع وهو القصاص في الاطراف وكلامه واضح قوله (ولامعتبر بكبر السد وصغرها) لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة اذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج الكبير رأسه فان الكبير قد اعتبر وخبر المشجوج بين القصاص عقدا رشمته وبين أخذه أرس الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص عقدا رها قبل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى الممانلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته وبترك الصورة وان شاء أخذ أرسها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدوري وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء على (٣٧٠)

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع بدغيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبي عن الممانلة فكل ما أمكن رعايته فافيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل وما ران الانف والاذن لا مكان رعاية الممانلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع الممانلة في القطع وان كانت قائمة فذهب ضوءها فطليه القصاص لا مكان الممانلة على ما قال في الكتاب تحمي له المرأة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السنن القصاص) لقوله تعالى والسنن بالسن (وان كان سن من ينقص منه أكبر من سن الآخر) لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تحقق فيها الممانلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم الا في السن) وهذا اللفظ مروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنه ما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار الممانلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالبرد ولو قطع من أصله يقطع الثاني فيتمثالان

باب القصاص فيما دون النفس

لمافرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنتراي ذو قصاص أقول لا وجه له كبر ذوقه والابتهاج لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلص من أصله يقطع الثاني فيتمثالان) قال صاحب الكافي وعمامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قطع السن من أصله لا يقطع سنه قصاصا لاعتبار الممانلة فربما نفسد به لثاقه ولكن يبرد بالبرد الى موضع أصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فان أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب بالبرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

بعضهم من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة الى قوله وهو ينبي عن الممانلة وقوله (ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنه) فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فسر بينهما وبين غيرهما من العظام وهو امكان القصاص فيهما بأن يبرد بالبرد بقدر ما كسر منها أو الى أصلها ان قلعها ولا يقطع

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التسع) أقول انما قال بمنزلة التسع

لان القصاص في الاطراف ليس يتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجب في هذا الدرس قال المصنف (لقوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان التسنني في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متقاصاة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذه راجع الى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وخبر رأسه راجع الى الشاج (قوله لان المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لان المعتبر في ذلك الشين اذ ليس فيه تنويع منفعة الى آخر ما قال ويحجى عن المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فان الشين لا تتفاوت في اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استئناف بياني الإساءة كرم كردن (قوله وهو إشارة الى قوله وهو ينبي عن الممانلة) أقول دل إشارة الى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص في عظم الا في السن) أقول اختلاف اطباء في السن هبل هو عظم وأطراف عصب يابس فنه من يسكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لتعذر المائلة فربما تنفسه ببلاته كذا في المبوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله سلم لا قصاص
 في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الأطباء في ذلك فذهب بعضهم من قال هو طرف عصب يابس لا يدنو من غيره ويؤيد
 تمام الخافقة ومنهم من قال هو عظم وكان قد وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيمادون النفس
 شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكره نال أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص وذلك لأن
 شبه العمد إذا حصل فيمادون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا روي أن الربيع عمه أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية
 من الانصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص والطامة إذا أتت على النفس لا توجب القود وإن لم يمكن القصاص جعل
 خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الافى الحرق يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص
 فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى (٢٧١) وسلم في الباب طر يقاسها وهو

اعتبار الاطراف بالنفوس
 لانها تابعة للنفوس فكما
 يجري القصاص بين الرجال
 والنساء في النفوس فكذلك
 في الاطراف ككونها
 تابعة لها

قال (وليس فيمادون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو
 الذي يختلف باختلاف الفهادون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد
 والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيمادون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدین) خلافا
 للشافعي في جميع ذلك الا في الحرق يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم
 لم يروا أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذهب كوفي بعض النسخ لكنه واقع في كثير
 من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذ صاحب الوقاية قد ذكره
 في مئنه حيث قال ولا قود في عظم الآسن فتعلق ان قلعت وتبردان كسرت وكان مأخذ من الوقاية هو
 الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلعت من غيره
 حل يقطع سنه قصاصا أم يرد بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني
 حيث قال ان كانت الجنابة بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاكر بالمبرد مقدار ما كسر من سن
 الآخر وهذا بالنفاق وان كانت الجنابة بقلع سن ذكر القصد وري أنه لا يقطع سن القالع ولكن يرد سن
 القالع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الأئمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام
 في شرحه أنه يقطع سن السالع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزاع والنزع
 والقطع واحد وفي الزبادات نص على القاع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيمادون النفس شبه عمد
 انما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكره نال أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل
 الاول على أن المراد به أن أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما
 ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال يعني ليس فيمادون النفس شبه عمد انما
 هو عمد أو خطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى
 ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القصد وري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل
 واحدة من العبارتين معنى مغاير للمعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد
 فيما سواها ومعه أنه ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا مأجرى مجرى

(قوله فيحمل الاول على
 أن المراد به الخ) أقول
 فيه بحث بل الاول
 فيحمل على ما اذا تعمد وانما
 سقط القصاص في بعض
 المواضع لتعذر المائلة
 وذلك لا يخرج عن العمدية
 كما اذا قتل الأب ابنه عمدا
 والثاني ما يعتمد وغيره
 فتدبر اذ الضمير في قوله
 انما هو عمد أو خطأ عائد
 الى ما فيمادون النفس من
 الجنابة لا الى شبه عمد كما
 لا يخفى فلا يخالف الثاني
 الاول اذ ليس الموضوع
 فيه ما واحدا ويمكن أن
 يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضوعين واحدا فانه في الاول شبه العمد وهذا ما يوجد فيمادون النفس من الجنابة مطلقا فلا
 مخالفة حتى يحتاج الى التافيق وعدم حرمان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجنابة عن العمدية فانه لما منع كما اذا قتل
 الأب ابنه عمدا فليست أم (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف ولا قصاص
 بين الرجل والمرأة فيمادون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن
 مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن وانص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي
 بخبر الواحد فخصصناه بما رويته انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصصناه بما رويته أراد
 به ما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاخصه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض
 عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكتفي لتخصيص موضع النزاع فالماكل القياس

(ولنا أن الأطراف يسلك بهامسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معلوم قطعاً بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بمسماة ديناراً قطعاً وبقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقيناً فاذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر بأصله) فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقيم بين العبدين لا يمكن التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوي انما يكون بالحرز والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بمجتها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البذل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٣٧٣) أنافذ ذكرنا أن الأطراف يسلك بهامسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس

ولنا أن الأطراف يسلك بهامسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر بأصله وبمخلاف الانفس لان التلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارش

السلاح عند أبي حنيفة قتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمنايع يمنع عند فان سقوط القصاص لمنايع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمداً وكما اذا ورت الابن قصاصاً على أبيه فلان يقع في العمد في الأطراف أولى ودمي قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس عمد أو خطأ لأن شبه العمد عمد أو خطأ فان ضمه هو في قوله انما هو عمد أو خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذا لا مجال لان يكون شبه العمد خطأ في النفس ولا في الأطراف لان تعدد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطا فاذا كان معنياً الكلاسيين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققت مما قد مرنا تبصر (قوله ولنا أن الأطراف يسلك بهامسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون جهة عليكم قلنا قد خص منه الحربى والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد خصوصاً بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاحتصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولاً فلانه قد تقررت في علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيافي الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شيء بما هو موصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيافي الباقي بل يكون باقياً على حاله الاولى ولاشك أن مخرج الحربى والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بهما فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشال ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بهامسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنسب به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالأطراف والباقي ظاهر

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف) أقول وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتاً باعتبار

الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحر والذ كرمع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروفاً فيمنع استيفاء الكامل بالانقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كالأموال الربوية اذا قوبلت بمجتهسا والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أي كالشال والنخعة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشال ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحة اذا أو جنبنا القطع (قوله للزيادة في الأطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد في مقابلة الرديء (قوله لانه اسقاط) أقول يعني من المقطوع يده الصحيحة

القصاص) لانه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن الواجب أحد الشئين اما القصاص أو الارش فاذا تعذر أحدهما الفوات محله تعين الآخر

قال (ومن قطع يذرجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذا لاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادراً فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهراً قال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويبدأ القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخمار ان شاء قطع البدل المعينة ولا شيء له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملاً) لان استيفاء الحق كلاماً تعذر له أن يتجاوز دون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الاتفاق ثم اذا استوفاهما ناقصاً فقد مرضى به فبسط حقه كما اذا مرضى بالردى إمكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظمناً فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قنعت بحق عليه من قصاص أو سرقته حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معني

وقد منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانياً فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندى في الجواب أن يقال ان الآية المذكورة آية القصاص والقصاص بني عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيره هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو بني عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار اليه ههنا أيضاً حيث قال فإنه عدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تمكن الآية المذكورة مجزأة على ظاهر إطلاقها حتى يكون إطلاقها بحاجة علينا فيما نحن فيه وكيف بقصور أجزائها على ظاهر إطلاقها ولا قصاص في العبد اذا قلعه بالاجماع لعدم إمكان المماثلة في القلع وكذا الحمال في قطع اليد والرجل من غير المنصّل وكذا فيما اذا قطع الطرف العبد فظهر أن المدافى وجوب القصاص إمكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق نعم انه بقي في هذا المقام اشكال قوى ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضاً والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قد دافقها صاحب العناية فالجواب أن أقصد كذا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال لانهم اختلفت وقاية لانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى ما نعاماً مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر ما نعاماً من جهة الاكل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتاً في المنفعة ينتج به المماثلة ينبغي أن يعتبر قلنا يعتبر من جهة الاكل لئلا يلزم أن يكون بالذات الزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولاً فسلان ما ذكره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر ما نعاماً مطلقاً وأما ما ليس تفاوتاً مالياً بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعاماً من جهة الاكل ولا يعتبر ما نعاماً من جهة الانقص فتشكك في بحث لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضاً اذ لا شك أنه كما يجوز لانساق حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالى أيضاً لا تفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالى أيضاً ما نعاماً من جهة الانقص وأما ثانياً فلان كون الشلل عمالاً لا يوجب التفاوت المالى ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعاً فان الشرع جعل أرض البدل الصحيحة نصف دية النفس وجعل

(قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أنه قال لا يخبر فان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر كما في البدل الكبيرة والصغيرة كذا في شرح المكاتى وذكر الزبلى الفرق في شرح الكنز في مسألة قطع اليد وقال لم يعتبر بهما الكبير والصغر في العضو واعتبر في الشجة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشجاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شيناً من الشجة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف

قال (ومن شجر بلا فتوة عبت الشجة ما بين قرنيه وحى لا تستوعب ما بين قرني الشاج والمشجوع بالخيار ان شاء اقتصر بقدر شجته يستدئ من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موصفة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادة اوفى استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوع فينتقص بخبركم في السلام والصحة وفي عكسه بخبرنا ايضا لانه يفتقر الاستيفاء كمالا لا تعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وحى تأخذ من جسمه الى قنائه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المسمى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتباره بالمساراة ولنا انه ينقبض وينسط فلا يمكن اعتباره المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معارم كلفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينسط وله حد يعرف فيمكن اعتباره بالمساواة والحشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضهم لانه يتعذر اعتبارها

أرش اليد السلام محكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية فهنا ايضا حيث قال في أثناء ما قبل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الاطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا انما اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلنا يعنى يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكيم فانه يمنع استيفاء كل واحد منهم ما يصاحبه كالمعين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرثا لبعض حقه مستوفيا لمباقي وذلك جائز وله هذا الاستيفاء في الاكمل بالانقص وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا باذالا للزيادة ولا يمكن استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكيم فلا وجه لتمسكه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتنى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكيم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشدين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضى بأن يستوفي في الانقص من صاحب الانقص بمقابله الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لمباقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكيميا وأما صاحب الانقص فان رضى بأن يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابله الانقص يصير باذالا لزيادة حقه بالضرورة ايضا بالتفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكيميا والبذل في الاطراف غير جائز بخلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادة فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثير من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ابقاء الكامل منها بادل النقص باذالا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدد هان فمدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينهما وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل لعدم المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكروالحرم منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شجر بلا فتوة) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع بذر رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه) بخبرنا ايضا وهو أن يكون رأس المشجوع أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفي المشجوع مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيختص بين الانقصان وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موصفة لكونها مشينة فقط) أقول يعنى لا تكون مشينة فقط للفتوة اذ ليس فيها تفاوت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصططح القاتل وأولياءه المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا على مقدار الدية لقوله تعالى فن عنى له من أخيه شيء الآية على ما قيل إنما نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن (٣٧٥) والضحاك ومجاهد وهو موافق للام فان عفا إذا استعمل باللام

فصل قال (وإذا اصططح القاتل وأولياءه القاتل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فن عنى له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قاتل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت لا يورثه مجرى فيه الأسقاط عفو افكذ اتعوى أيضا لشمته على احسان الاولياء واجتماع القاتل فيجوز بالتراضي والقيل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهم ما كان خلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله المأول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبد فامر الحر ومولى العبد بجلابان يصلح عن دمه ما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان) لان عقد الصلح أضيئ في اليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صلح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أراد أن شرع لقصاص بعتة المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار لالتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالنقص وهو الاشكالي يجوز عكسه لانهم ما متساواين بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشال مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالنقص بل ارباب وان أراد أن شرع القصاص بعتة المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذ ارضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتمدة في شرع القصاص فمع اياه عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا اذ ارضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا قتال حق التأمل فلعن حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرءة مما تسكب فيه العبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فقامه عنى قوله في تالى الشريطة المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت لا يورثه مجرى فيه الأسقاط عفو افكذ اتعوى أيضا) أقول لقاتل أن يقول لا يلزم من جريان الأسقاط عفو افكذ اتعوى أيضا لاني لا أرى أن الشفيع اسقاط حق شفيعته بالأعوض بعد أن ثبت له حق الشفيع ولا يصح أن يصلح عن حق شفيعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صلح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى عن وقد عداها في الكتاب عن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صلح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صلح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صلح من نصيبه توهم تجزى

أنه ليس للمولى العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي طاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الهمزة والفتح (قوله فانه يراد به البعض) أقول يوههم تجزى القصاص يعني كالاتفاق على مال

فصل وإذا اصططح القاتل (قوله فانه يراد به البعض) أقول يوههم تجزى القصاص

والله عند مالك والاسرار
مخالف لرواية المبسوط
والايضاح والاسرار وهو
مؤخذة ضعيفة لانه
لا يلزم من المخالفة لها عدم تورثه خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وانما عليه السلام امر بتوريث امرائه
صحة ما نقله والمذهب المشتمل الضابي من عقل زوجها أشيم

والله عند مالك والاسرار
مخالف لرواية المبسوط
والايضاح والاسرار وهو
مؤخذة ضعيفة لانه
لا يلزم من المخالفة لها عدم تورثه خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وانما عليه السلام امر بتوريث امرائه
صحة ما نقله والمذهب المشتمل الضابي من عقل زوجها أشيم

وقوله (ومن شجر سلا) قد
مذهبهما ما نقله وقوله
(ليهما أن الورثة خلافة)
يستلزم عدم توريث أحد
الزوجين من الآخر شيئاً
وهو باطل ولكن يحمل
على أن معناه الورثة فيما
يجب بعد الموت خلافة
وهي فيه بالنسب
لالسبب لانقطاعه بالموت
والقصاص والدية انما يجبان
بعد الموت وقمانا فاسد
بالقتل والعقل أما الأول
فحديث امرأة أشيم
الضابي بكسر الصاد المعجمة
كما ذكره في الكتاب وأما
الثاني فسلامه مأمور وثان
كسائر الاموال بالاتفاق
فوجب أن يكونا في حق
الزوجين كذلك لان وجودهما
أولا لم يثبت ثم ثبت للورثة

(قوله وان الشافعي يقول
النساء لا تستوفى القصاص
الح) أقول هذا وجه
لشافعي وما ذكره المصنف في
القصاص وجه آخر ذكر
ذلك في كتبهم والصحيح
مقابلهما (قوله والمشهور

من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا والله
صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المفقوع وعصته لكن
ليهما أن يقولا لقياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورثه
(قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الورثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فثبت كسائر القصاص
من أولياء القتل فالظاهر في وضع هذه المسئلة أن يقال واذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو ما عفا
حقه على عوض سقط حق الباقي في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعير بالنصيب انما هو
المحرز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لا يكون من قبيل الاموال فكان لكل
واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعير في شأن القصاص فان يذكر لفظ اسر
بدل لفظ النصيب كما ينبغي عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرر رد الية لما على هذه المسئلة ومن يرد
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما للشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما
يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عند ما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار
ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ان مالكا
في الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعي يقول لاحظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العقر
قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي
مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار أقول فيه نظر لان ما ذكره في الكتاب انما يكون محالاً
لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي وهو
غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لما للشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية عند
لا يجمع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ولا يخرج عن نوع ارشاده انه فصل
قوله وكذا الدية بذ كر لفظه كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف لكان
وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لما للشافعي في الزوجين وعن هذا ذكر
تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لما للشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوج
من الدية شيئاً لان وجوده بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض المصنف في شرحه
لرواياته فحصر صاحب الكافي في ما حيث قال والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقوله
مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو
مؤخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى أقول بل
ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يردع عدم صحة ما في الكتاب بالكيفية بل أراد بيان مخالفة لما
في الكتب الثلاثة المعتمدة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والاسرار فان صاحبهما من أساطين الائمة
ولانسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً بل
المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكره في الكتاب من أن مالكا
نهى عليه اتفاقاً (قوله ولما أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضابي من دية زوجها أشيم) أقول

من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا والله
صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المفقوع وعصته لكن
ليهما أن يقولا لقياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورثه
(قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الورثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

ولا يقع لليت الابأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكأننا كسائر الاموال في ثبوتهم مافى الموت ألا ترى أنه اذا أوصى
بنات ماله دخلت ديتته فيها وتقتضى منه ديونه وكان على

(٢٧٧)

على من أحرز الميراث
وهو كفى به قدوة واذا
ثبت ذلك فكل منهم يتمكن
من الاستيفاء والعفو
والباقي واضح وقوله
(لان الواجب نصف الدية)
يعنى بالعفو فيكون في
السنة الاولى الثلث وفي
الثانية السدس كما
اذا قطع يد انسان خطأ
وقلنا الواجب بعض
بدل الدم لا بدل الجـزء
وكاه مؤجل الى ثلاث
سنتين فكذلك بعضه
كالالف المؤجل الى
ثلاث سنين فان كل
درهم منها كذلك وقوله
(والواجب في اليد)
جواب اعتباره وهو
واضح

(قال المصنف لانه
لا يتجزأ) أقول فيه
بحث لان قضية عدم
التجزأ أن يسقط في حق
العافي كمالا كقبوته له
كمالا ولا يستأنز ذلك
سقوط حق الباقي الا
أن يقال لما كان الحق
واحدا أدرت سقوطه في
حق البعض شبهة
السقوط في حق الباقي
لثبوت من وجهه دون
وجهه فليتأمل ويمكن
أقول فيه شئ جوابه

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنا فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي
وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستندا
الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاستقاط عفوا وصالحا
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل
رجلين وعفا أحدهما للابن لان الواجب هناك قصاصا من غير شبهة لاحتملاف القتل والمقتول وهما
واحد لا اتحادهما ما اذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقي مالا لانه امتنع عني راجع الى القاتل
وليس للعافي شئ من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال
زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشمر بكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت
يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكاه مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد
كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد

فيه شئ وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق
الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى
(قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنا فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين
الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شئ وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى في
القصاص أيضا الا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف
ومحمد فانه سيجب في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الورثة عندهما كالدين
والدية وأما عنده فطريقه طريق النسب فلا يصح أن يقال من قبله لانه حق
يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا
الدية مما اتفق عليه أئمتنا فاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالاختلاف فيه وقول المصنف في
تمه حتى ان من قتل وله ابنا فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي
نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة
فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للورث الغير المقتول قبل موته وارثة من المقتول
عندهما وخلافة عنه لاوارثة عنه أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل
موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداءا لتسفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في
بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التفسير برب على أصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال
في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهم مأمورون ان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا
في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة ولا يقع لليت الابأن يسند الوجوب
الى سببه وهو الجرح فكأننا كسائر الاموال في ثبوتهم ما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح
ههنا نغمة في الظهور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتیانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم
هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة صرح بانهم ما يعنى
القصاص والدية مأمورون ان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بورث من المقتول
عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل

توجيهه كلام المصنف بذلك (قوله كالألف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شئ جوابه
سهل

قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد القتلى اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لان انتهاء المساواة لكنه تركه بخلافه انما روي ان جماعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقتل عيسى بن عمر رضي الله عنه بالقيصاص عليهم وقال لوقى الأعمى عليه أهل صنعاء اقتلتمهم والتموا الواسعة وصنعاء الذين قضيتموا روي عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قتل جماعة بواحد وكانت العمدة رضى الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد قتل محل الاجماع ولان القتل بطريق الغلب غالب فان القتل بغير حق لا يقتضي غالب الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب من جرة فيجب القصاص تحققة قاطبة الا احصاؤه لم يجب لما عجز المفد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذا كرم من العقول ان لم يكن قياسا على سبع (٣٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يبرو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى

ان النفس بالنفس والجواب
أنه قياس على سائر أبواب
الاعتقوبات المستعربة على
ما يوجب الفساد من أنهار
العباد ويربوع على ذلك بقوة
أثره الباطن وهو احياء
حكمة الاحياء وقوله
تعالى ان النفس بالنفس
لا ينافيه لانهم في ازحاق
الروح القبر المنجز
كشخص واحد واذا كانت
المسئلة بالعكس وحضر
أولياء المقتولين قتل
بجماعتهم كذا كرفي الكتاب

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحد الاقتص من جماعة - لم لقول عمر لو عملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم الذصاص في القتل قلنا لان مقابلة الجميع بالجميع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأملى ثم في قوله لقول عمر

قال (واذا قتل جماعة واحد اعمد اقتص من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو عملا عليه أهل صفاء
اقتلهم ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من حرمة السفهاء فيجب تحقيق الحكمة للاجاء
(واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل الجماعة، ولا شيء لهم غير ذلك) فإن حضر واحد منهم قتل
له وسقط حق الباقيين

الرشاد (قوله) وإذا قتل جماعة واحدة اعتدا اقتص من جميعهم لقول عمر فيه لو عملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي نقصان من الجنس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا مئى يعلم ببداية العقل فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك بنى مقابلة النفوس بنفس ولكن تركناه هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقتل عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو عملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لأنه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك يبنى مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضى الله عنه لأن عمر رضى الله عنه إن كان منفرداً في قضائه وقوله المزبور بن فظاهر لأن قول صحابي واحد ودفعه له لا يصلحان للعارض لكتاب الله تعالى فضلاً عن الرجحان عليه وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم في محل الإجماع كما صرح به في العناية وغيره فافكذلك أذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن الإجماع لا يكون ناسخاً للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخاً لشيء منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعد هذا القول (قوله) ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص خبز جرة للشفاه فيجب تحقيق الحكمة (لأحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذا كرم من المعقول أن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون اعتباراً في الشرع وإن كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس

رضي الله عنه ولعمري أعلية أهل صنعاء لقتلهم بحث لأنه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقربة الإضافة إلى نفسه كما سبق في وقال باب ما وجب القصاص قال المصنف (ولأن القتل بطريق التمثال غالب والقصاص من جرمة السفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء) أقول تقر بالدليل القتل بطريق التمثال فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج إلى جرمة السفهاء فالقتل بطريق التمثال يحتاج إلى جرمة من جرمة القتل العمد هو القصاص (قوله لا يكون معتبراً في الشرع) أقول لأن العقوبات لا تثبت إلا بمثل هذه الأثمة (قوله وإن كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو اتقاء الممانعة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في أرهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف أرهاق الروح إلى كل واحد منهم كلاً كان المقتول لأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى إلى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

بالاول منهم ويجب المال
 للباقيين) يعني ان قتلهم على
 التعاقب وان قتلهم جملة
 أوجه - ل الاول قتلهم
 وقسم الديات بينهم أو يقرع
 وقوله (وهو القياس في
 الفصل الاول) وهو ما اذا قتل
 جمعة واحدا (الا أنه عرف
 بالشرع) يريد قضية عمر
 رضى الله عنه (ولنا أن كل
 واحد منهم) أى من أولياء
 القتلى (قائل قصاصا بوصف
 الكمال لانه لا يتجزأ أصله
 الفصل الاول) فان الجماعة
 تقتل بالواحد اتفاقا ولولم
 يكن بينهما مماثلة لما جاز
 ذلك واذا كانت الجماعة مثلا
 للواحد كان العكس كذلك
 لان المماثلة بين الشيتين
 انما تكون من الجانبين
 قوله (ولانه وجد من كل
 واحد منهم جرح الخ) يعني أن
 القتل جرح صالح لازهاق
 الروح وقد وجد من كل
 واحد منهم بحيث انه لو انفرد
 عن الباقيين كان قاتلا
 بصفة الكمال والحكم اذا
 حصل عقيب عال لا بد
 من الاضافة اليها فاما أن
 يضاف اليها توزيعا أو كلا
 والاول باطل لهدم التجزى
 فتعين الثاني ولهذا اذا حان
 جماعة كل منهم أن لا يقتل
 فلانا فاجتمعوا على قتله
 حثوا

قال المصنف (ولانه وجد

من كل واحد جرح صالح

اللازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح الوجه الاول كما لا يخفى

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل اهلهم وقسمت
 الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموصود من الواحد قتلات والذي تحقق
 في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد
 منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه
 وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربوعا على
 ذلك بقوة أثره الباطن وهو احكامه الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق
 الروح الغير المنجزى كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظرا لان جعل الاشخاص المنعقدة الذوات
 في الحقيقة كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المنجزى عن مجموعهم وجعلهم مساوين
 لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد
 جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا نافي هذا ما سأأتى في تعاميل المسئلة الآتية من أن الاعسل عند
 أمثنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
 رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندى غنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس
 لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس
 النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى
 والعين بالعين والاف بالانف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد
 النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص
 بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر اطلاقه بل انما
 يستفاد ذلك من دليل آخر فكذلك انما تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء
 التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان
 كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاسيما لزمه توارد العمل المستقلة بالاجتماع على
 معلول واحد بالشخص وهو محال كما نقرر في موضعه وأما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا
 في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص
 المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بدية لكننا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل
 جماعة بواحد فالقول ههنا يتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا نافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون
 جواب المسئلة ههنا جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل
 بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع بحقيقة المماثلة
 المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلين بالاجتماع
 على معلول واحد بالشخص متنع عقلي واعتبارا لشرع ما هو متنع الوقوع واقعا لما لا وقوع له في شئ
 ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم
 الظلم على المعتدى على تعدد الزيادة ولئلا يلزم الجنس لحق المعتدى عليه على تعدد الانتصان ولا شك
 أن الظلم والجنس انما يندفعان بتحقيق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلة فلا
 يخلو الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد
 من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقائل أن يقول
 حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله
 دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية

وتحقيق الاحياء قد حصل

(٣٨٠)

(ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله

(ومن وجب عليه

القصاص) ظاهر قال

(واذا قطع رجلا

رجل واحد الخ) تعدد

الجاني في الاطراف ليس

كتعدد في النفس عندنا

فاذا قطع ايدافلاقصاص

أصلا وقال الشافعي

رجله الله ان وضع أحدهما

السكين من جانب والاخر

من آخر وأمر حتى التقي

السكينان فالحكم كذلك

لان كلا منهما لم يقطع الا

بعض اليد فلا يقطع به كل

يده وان أخذنا سكيننا

وأمرها على يده حتى

انقطعت قطعت أيديهما

اعتبارا بالنفس اما لكونهما

تابعة لهما واما ان يجمع

بينهما بجامع الزجر ولنا أن

كلا منهما قاطع بعض

اليدهما كان المحل متحدا

أو مختلفا لانا علم أن

ما انقطع بفعل أحدهما

لم ينقطع بفعل الآخر

وقاطع بعض اليد لا يقطع

كل يده قصاصا لا تنفاد

المماثلة وهذا لان المحل

متجز فان قطع بعض وترك

بعض متصور فلا يمكن

أن يجعل كل واحد فاعلا

كلا بخلاف النفس فان

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن

وجب عليه القصاص اذا مات بسقط القصاص) لقوات محل الاستفتاء فاشبهه بموت العبد الجاني

ويتأني فيه خلاف الشافعي اذا الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد

فلا قصاص على واحد منهما وعليه ما نصف الديه) وقال الشافعي تقطع يدهما والمقرض اذا أخذ

سكيناً وأمرها على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي تابعة لهما فاخذت حكمهما أو يجمع

بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما ما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما

والمحل متجز فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلانماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق

لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذر الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفضل في

حينئذ لا بد من لا فتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الديه) لانه

اليد الواحدة وهما قاطعاها (وان قطع واحد يعني رجلين فحضر اقلهما أن يقطع يده وأخذنا

منه نصف الديه بقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع

بالاول وفي القرآن يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق في الثاني كالحقن بعد الزهر وفي

القرآن اليد الواحدة لا تثنى بالحقين فخرج بالقرعة ولنا أنهم ما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان

في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهما بحيث

لو انفرد عن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليهما فاما أن

يضاف اليهما توزيعا وكلا والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ولهذا لو خلف جماعة كل واحد منهما

أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حشوا انتهى أقول فيه نظرا لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى

تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهما كدابل يجوز أن يضاف كدلا

الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العمل المستقلة بالاجتماع على

معلول واحد بالشخص فينتزلا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الخلاف بأن مدار الابعان

على العرف كما صرحوا به في محله فاد اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهما جرح

صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهما في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كدلا

مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع بخازان يكون بناء حدث كل واحد منهما في مسئلة الخلاف

على العرف وأما القصاص فالعنت برقيقه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين

المذكورين في الكتاب أنما يشبهان فيما اذا حضرا ولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما

اذا حضر واحد منهما وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكر أيضا في الكتاب فلا تشبه لشيئ

منه ما اذا لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضر من الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل

فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهما انه وجد منه جرح

صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع

مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء

حكمه القصاص وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها

المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمسلمات من وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولا بعبده

والقصاص

(وان قطع واحد يعني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع عين أحدهما

ويسار الاخر قطعت يده لا يقال تنفث المماثلة حينئذ لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعترف

حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص من جواب عن قوله لان البعد استحقها الاول وتقرر به ان
لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتهدى الى شغل المحل الخالي بتجزئته عنه واذالم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن قبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكاً وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في البعد ومن جهة الآخر
له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعالم للوهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى
بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقاً مستحقاً) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضى بالآخر بالأثر وقوله
(واذا أقر العبد بقتل المولى له القود) وانما قيد بالعبد لانه لو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذوناً ومجبوراً أما المحجور فظاهر وأما المأذون
فلا نله من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨٩) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
ولهذا وقع طلاق زوجته
بالاقرار لوقوعه بالايقاع
واذا أقر بسبب يوجب
الحسد يؤخذ به وقوله
(والفعل يتعدد بتعدد
الأثر) قيل فان الرمي اذا
أصاب حيواناً ومضى جلدته
سمى جرحاً وان قتله سمي
قتلاً وان أصاب الكوز
وكسره سمي كسراً كذلك
يجوز أن يكون بالنسبة الى
شخص عداو بالنسبة الى
آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
تسمية الفعل الواحد بأسام
مختلفة بالنسبة الى المحال
ولان نزاع فيه وانما الكلام
في أن يتعدد الفعل الواحد
فيصير فعلين متضادين
والاولى أن يقال معناه أن
الفعل يوصف بوصفين
متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عني فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد عينهم ما على التعاقب فستحق
رفيته لهما وان حضر واحد منهم ما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي الثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقاً
مستحقاً قال (واذا أقر العبد بقتل المولى له القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقى حق
المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متمم فيه لانه مضمرة فيقبل ولان العبد مبقى على
أصل الحرية في حق الدم عدا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلاً فعدا فنفذ السهم منه الى آخر فمات فاعليه القصاص
للاول والدية للثاني على عاقبته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ كله رمى الى صيد فأصاب آدمياً
والفعل يتعدد بتعدد الأثر

ولا يصح بدله ولا يمكن نسيه الى غيره ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء مقصور في جميع ذلك وانما لا يجب
القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
نحن فيه ان الموجد من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى
القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلة قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فأكفي به ولعل صاحب الكافي
فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتضي أثر صاحب الهداية (قوله
لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خبط
ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصاً يظنه صيداً فاذا هو
أدى أو يظنه سراً فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضاً فيصيب آدمياً ولاشك أن ما نحن
فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدمياً
(قوله والفعل يتعدد بتعدد الأثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيواناً ومضى جلدته
سمى جرحاً وان قتله سمي قتلان وان أصاب الكوز وكسره سمي كسراً كذلك يجوز أن يكون

(٣٩٠ - تكملة ثامن) كالحركة مثلاً فانه يجوز أن يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل
يوصف بالعمد نظراً الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطأ نظراً الى عدمه بالنسبة الى الثاني واقائل أن يقول الخطأ يستلزم إباحة
أن يكون سبباً للكفارة وهو لا يكون إلا امراداً اثنان في الخطر والإباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو وتحقيق الجنابة في انسان بخلاف لظن
الجناني كن رمى الى شيء يظنه صيداً فاذا هو انسان أو لقصد مطلقاً كن رمى الى هدف فأصاب انساناً وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى
الجناني لهما كالرمي الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقاً لخراج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
ليس بخالف للقصد ومن كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلان بالسرعة بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فخرها أو رمى الى شخص
فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلاً لغيره فكان بخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلاً فانه يجوز أن يوصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطأ
(قوله وهو لا يكون إلا امراداً اثنان الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سبباً (قوله أو لقصد مطلقاً الخ) وقوله والرمي بالنسبة الى الجناني لهما
أقول قوله أو لقصد مطلقاً على قوله لظن الجناني وقوله لهما انما نظراً الى الظن والقصد في قوله الجناني وفي قوله أو لقصد مطلقاً

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا دعى بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب (لتحقيق الاحياء بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله (٣٨٠)

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدد النفس عندنا فاذا قطع ايدافلا قصاص أصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من آخر وأمرأحتي التي السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فاشبه بموت العبد الجاني ويتأني فيه خلاف الشافعي اذا الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليه ما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمفروض اذا أخذنا سكيننا وأمرأه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها ويجمع بينهما بجوامع الزجر ولذا أن كل واحد منهما ما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من الفصل في حيز القدرة لا فتقاربه الى مقتدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاهما (وان قطع واحد عيني رجلين فخصر افله) ما أن يقطع يده ويأخذ منه نصف الدية بقسمائه نصفين سواء قطعهم مامعا أو على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القرآن يفرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها الثاني كالرهن بعد الرهن وفي القرآن اليد الواحدة لا تفي بالحقيق فترجع بالقرعة ولنا أنهم ما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب عمل لا بد من الاضافة اليه اقاما أن يضاف اليه انوز يعا وكلا والاول باطل لعدم التجزئ فتمين الثاني ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كدابل يجوز أن يضاف كلا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدارا الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع بخلاف أن يكون بناء حنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذلك الداليل المذكورين في الكتاب أعما يتمشيان فيما اذا حضروا ولياء المقتولين وقتلوا القاتل بجملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكرنا في الكتاب فلا عيشة لشيء منهم ما اذا لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضر من الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليست أملا (قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمه القصاص وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولابعد

يده وان أخذنا سكيننا وأمرأه على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالنفس اما لكونها تابعة لها واما أن يجمع بينهما بجوامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لانا علم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم يقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لان نفاء المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وتركة بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا كما لا يخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزأ وقد

مر والباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد عيني رجلين) فيه بدليل لانه لو قطع عين أحدهما ويسار الاخر قطعت يده لا يقال تتقن المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوقاه عليه لان المعترف في حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص جرحا وب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقرر به ان
 قصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بنحو ثبته عنه واذ لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
 الثاني بخلاف الزهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد وهو من جهة الآخر
 له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤثر المعلوم للوهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى
 بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالأرض وقوله
 (واذا أقر العبد بقتل المولى له القود) وانما قيد بالمولى لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا أو محجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون
 فلا نه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٢٨٩) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
 ولهذا وقع طلاق زوجته
 بالاقرار لوقوعه بالايقاع
 واذا أقر بسبب يوجب
 الحد يؤخذ به وقوله
 (والفعل يتعدى بتعدد
 الاثر) قيل فان الرمي اذا
 أصاب حيوانا ومزق جلده
 سمي جرحا وان قتله سمي
 قتيلا وان أصاب الكوز
 وكسره سمي كسرا كذلك
 يجوز أن يكون بالنسبة الى
 محل عمد او بالنسبة الى
 آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
 تسمية الفعل الواحد بأسماء
 مختلفة بالنسبة الى المحال
 ولا نزاع فيه وانما الكلام
 في أن يتعدد الفعل الواحد
 فيصير فعلين متضادين
 والاولى أن يقال معناه أن
 الفعل يوصف بوصفين
 متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عنه فلا يمنع ثبوت
 الثاني بخلاف الزهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد عينيه ما على التعاقب فستحق
 رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي اثبوت
 حقه وتتردد حق الغائب واذا استوفي لم يبق محل الاستيفاء فيمتنع حتى الآخر في الدية لانه أوفى به حقا
 مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل المولى له القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق
 المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولذا أنه غير متمم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبق على
 أصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
 المولى بطريق الضمن فلا يلاقيه (ومن رمى رجلا عمدافن هذا السهم منه الى آخر فتاب عليه القصاص
 الاول والدية للثاني على عاقبته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
 والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا يعمد برده ولا يمكن ان يعمد الى غيره ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب
 القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
 نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماسل الذي هو مبنى
 القصاص كيف يتم أن يقال في مقابله قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب السكاكي
 فهم ضعف هذا التعميل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهداية (قوله
 لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خبط
 ظاهر اذ قد حرر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو
 آدمي أو يظنه حرا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن
 فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
 (قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق
 جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا كذلك يجوز أن يكون

(٢٩٠ - تكملة ثامن) كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركته وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذا هذا الفعل
 يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة
 تكونه سببا للكفارة وهو لا يكون إلا امرأدا تراين الخطر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجناية في انسان يخالف اظن
 الجاني يرمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصد مطلقا كمن يرمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى
 الخائف لهما كالرمي الى معنى وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليجز من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
 ليس بخالف للقصد من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فخرها أو رمى الى شخص
 فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتيلا لغيره فكان مخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطة من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطأ
 (قوله وهو لا يكون إلا امرأدا الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصد مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى الخائف لهما)
 أقول قوله أو لقصد مطلقا على قوله اظن الجاني وقوله أو لقصد مطلقا

فصل ذكر حكم
الفعلين عقيب فعل
واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب (ومن
قطع يدرج خطأ
ثم قتله عمدا) القطع
والقتل اذا حصل في
شخص واحد كانا على
وجوه أن يكونا خطئين
أو عديمين أو يكون القتل
خطأ والقطع عمدا أو
بالعكس فذلك بالقسمة
العقلية أربعة فمن كل
واحد منهما إما أن يكون
قبل البرء أو بعده فذلك
ثمانية أوجه وكل ذلك إما
أن يتحقق من شخص
واحد أو شخصين فذلك
ستة عشر وجهاً فإن كانا
من شخصين بفعل بكل
واحد منهما موجب فعله
من القصاص وأخذ
الارش مطلقاً لالتداخل
انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص
واحد فإيجاب موجب
الفعلين أو احدهما أو كليهما
مبنى على أصل ذكره
المصنف رحمه الله بقوله

فصل ومن قطع (قوله
ثم إن كل واحد منهما)
أقول أي من الفعلين (قوله
لأن التداخل انما يكون
الح) أقول فيه بحث لكن
جوابه ظاهر فإن المراد
بالحل هو مصطلح المتكلمين
وهو القاتل هنا فإنه الذي
يقوم به القتل

فصل قال (ومن قطع يدرج خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ برأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالامرين جميعاً)

بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة
بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه وإنما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى
أقول نظره ساقط إذا ظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بمجئيات انضمام قيود
مختلفة وأوصاف متضادة إليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك
الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث أنه أصاب الكوز لا يسمى جرحاً ولا قتلًا بل يسمى كسراً
وكذا من حيث أنه أصاب حيواناً ومن قتل جلدته أو قتله لا يسمى كسرًا بل يسمى جرحاً أو قتلًا وإذا تقرر أن
اختلاف تلك الاسامي باختلاف الأوصاف المنضمة إلى ذلك الفعل تقرر باختلاف مسميات تلك الاسامي
أيضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيد أنه ثم إن قوله وإنما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير
فعلين متضادين أن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بمجئيات الذات بحيث يصير فعلين
مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك وإن أراد به أن الكلام في أن يتعدد
الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة إليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد
الاسامي تعدداً ناشئاً من تعدد المسميات بالحجئيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل
كما عرفت انفساً ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ بسبب إباحة الكونه سبباً للكفارة
وهو لا يكون إلا أمر إذا تراءى بين الخطر والإباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجناية في
إنسان مخالف لظن الجاني كمن رمى إلى شيء يظنه صيداً فإذا هو إنسان أو لقصد مطلقاً كمن رمى إلى
هدف فأصاب إنساناً وكذا في نحن فيه والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي إلى معين وذلك مباح
لا محالة انتهى أقول في تحرير جوابه نوع خذل فإن تمثيل قوله أول قصده مطلقاً بقوله كمن رمى إلى هدف
فأصاب إنساناً وكذا في نحن فيه يشعر بأن تكون الإصابة لإنسان عند الرمي إلى هدف وكذا ما نحن
فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعاً إذ كل من ممان قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من
قبل

فصل في حكم الفعلين لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين
بعد الواحد كذا في الشروح (قوله ومن قطع يدرج خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الح) أقول
لقائل أن يقول إذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمداً والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم
نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما بينا كشف في الأصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده
في وضع هذه المسئلة مستدر كالتام جواباً وهو أن يؤخذ بالامرين جميعاً بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم
ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذات كفي الروايات
يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرح جوابه وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمداً ثم
قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الأولى
التنبيه من أول الامر على أن يتخلل البرء ليس مؤثراً فيما إذا اختلف الفعلان فإنه إذا أعطى كل واحد
منهما حكم نفسه فيما إذا لم يتخلل البرء ففيما إذا اختلف ذلك أولى وبهذا يدفع إيهام أن لا يكون الجواب
فيما إذا اختلف البرء كالجواب فيما إذا لم يتخلل فإن تخصيص الشيء بالذات كفي الروايات على نفي
الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما إذا كان أولى بذلك فيدل
على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بالاربع وما نحن فيه من

(والأصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بوجوب أحدهما واجب ما أمكن تنحية الأول لأن القتل في الأعم يعني في غالب الأوقات يقع بنسب متعاقبة وفي اعتبار كل ضرب بنفسها بعض الجرح فيجعل للمثاني متمم الأول ويجعل الكل واحدا الآن لا يمكن الجمع أما باختلاف الفعلين وصفاً أو موصفاً أو بتخلل البرء فينقض على كل واحد حكم نفسه فإن تخلل البرء فلا جمع أصلاً لأن النفس جعل الأول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وإن لم يتخلل وقد اختلفوا في هذا فتكذلك كافي المصنفين الأولين وإن تجانبوا خطأ أجمع بالاجتماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى (٣٨٣) بديه واحدة وإن تجانبوا عددا فقد اختلف فيه قال

أبو حنيفة رحمه الله تعالى بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل ولا يقطع وقوله (فإن شاء الامام قال اقطعه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير إلى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فالأجمع يمكن لتخائن الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذراً للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقطع وهو متعذر أولاً لأن الحز يقطع إضافة السرية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتحلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كنا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنحية الأول لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضرب بنفسها بعض الجرح الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد عذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتحلل البرء وهو قاطع للسرية حتى لو لم يتخلل وقد تجانبنا بأن كنا خطأين يجمع بالاجتماع لا مكان الجمع واكتفى بديه واحدة (وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده فإن شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه وإن شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يقطع يده لأن الجمع ممكن لتخائن الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقطع وهو متعذر أولاً لأن الحز يقطع إضافة السرية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتحلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كنا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الأولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء إلى المسئلة الثالثة والرابعة قيدتهما بتخلل البرء لتخائن الفعلين عمداً وخطأً فيهما فلا بد في الأخذ بالأصيرين جميعاً من تخلل البرء في البين (قوله فصار كتحلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعده حيث قال وبخلاف ما إذا كنا خطأين وعمله بتعليقنا بآراء تعليلي أي حنيفة ما إذا كانا عمدين وتعليقه الثاني وهو قوله ولأن أرش اليمدنا يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعنا وهو انتقاض قوله فصار كتحلل البرء بما إذا كنا خطأين تأمل تفهيم وقال صاحب معراج الدراية فإن قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فإن قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة يأتى بهذا الجواب جداً فإن قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضاً يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما إذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تشبهه رأساً للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد أن يقال فسامعني قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأصيرين جميعاً وعلة

بختلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كنا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة (قوله وصفاً أو موصفاً) أقول كافي الخلافية فإن موجب القطع العمداً والقتل العمد القتل لأن القصاص يبنى عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فإن شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه) أقول قال السكاكي وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهد في محله فعليه أن يذمعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد لا يرى إلى خلاف الامامين (قال المصنف فصار كتحلل البرء) أقول منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ

فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لأن العفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فها هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوئك عن البلد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوئك عن القتل واقصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سري واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو المو جب للعمد الا أن آثار كناه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة القود فتجب الدية وقوله (ولانسلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفا عن نوعه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سري القطع وقطع سار فكيف يصح

(٢٨٥)

ذلك والجواب أن المراد صفة

منوعة وهي ليست كذلك

بل هي مخرجة عن

حقيقة كما يقال عصير

مسكر وقوله (بل الساري

قتل من الابتداء)

اضراب عن قوله نوع من

القطع وذلك لان القتل

فعل منزه عن الروح ولما

انزهق الروح به عرفنا انه

كان قتل وقوله (وكذا

لا موجب له من حيث

كونه قطعاً) جواب عن

قوله أو القتل اذا سري

يريد أن القتل ليس بموجب

القطع من حيث كونه

قطعاً لانه اذا سري ومات

تبين أن هذا القطع لم يكن

له موجب أصلاً نعم

الثابت موجب القتل

وهو الدية فكان العفو

المضاف الى القطع مضافاً

الى غير محله فلا يصح واذا

لم يصح العفو عن القطع

لا يكون عفا عن القتل

وهو معنى قوله فلا يتناول

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو المو جب للعمد الآن في الاستحسان فتجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة القود ولانسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً لا يتناول العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفافاً

بدون الضمان هذا لانه اذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذا لا يحتمل أن يكون القطع المقصر موجباً للقتل أيضاً تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لأن الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الآن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفافاً وخلافاً) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسد بديلان معنى كلام المصنف ههنا أن محمد ارجه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة السارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورياً في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراح في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سري الى النفس ومات المصنف هنا بصدد بيان ما يتناول كلام محمد في المسئلة السارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور رد رج العفو عن الشجة في مضمون

العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفافاً) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفا عن أرض اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعند أبي حنيفة عن أرض الشجة لا غير

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله نعم الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

بذل عن الطلاق غيره من غير
أحمد وأما طالع وضع الإطلاق
بذل قوله فمسل للباسع
الدية في ماله ان كان القاطع
في المذهب الدية في المذهب
على المذهب وأجيب بأن
الرضع مطلق لا يشترط
والجواب إنما شر لا أحد
قوعه ونقره فعل القاتل
الدية في ماله ان كان القاطع
عند رقبته (كما وأوصى
بأداة أرضه) يعني إذا
تبرع بمنافع أرضه في
مرضه بالعارية وانتفع
بها المستعير ثم مات المعتبر
كان ذلك من جميع المال
لأن المنافع ليست بأموال
وقيمه بحث من أوجه
الأول أن القصاص مرور
بالاتفاق فكيف لم يتفق
به حق الورثة الثاني أن
أرضية بأداة أرضه باطلة
وإن صححت فكيف نهائياً
يسكن الموصى له يوماً
والورثة يؤمن أن لم يقبل
التسمة وإن قبلها يفسر
الثالث لأرضي له والثالث
أن المنافع أموال فكيف
صارت نظير المالا ليس بمال
والجواب عن الأول أن
المصنف رحمه الله تعالى
حق الورثة به لا كونه موروث
ولا تنافي بينهما لأن حق
الورثة إنما ثبت بطريق
الطلاق وحكم الخلف
لا يثبت مع وجود الأصل
والقياس في المال أيضاً
أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله عليه السلام لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم
عالة يتكففون الناس ونزكهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فالويلم يتعلق
به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به ولكنه موروث انتهى
أقول في تقرير البحث المذكور خال فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الأول فلأنه سيجي
في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القاتل ابتداءً لا بطريق الورثة من المقتول عند
أبي حنيفة رحمه الله وأما عند ما يثبت للقاتل ابتداءً ثم ينتقل بموته إلى ورثته بطريق الورثة
منه كالدين والدية فقوله رحمه الله أن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد حرر نظير هذا من
صاحب العناية في الفصل السابق وبيّن بطلانه هناك أيضاً فتذكر وأما الثاني فلأنه لم يقع التعرض
نفسه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند ما أمنا لا أعظم رحمه الله بل سيق الكلام فيه
على وجهه بشعر بكونه موروثاً بالاتفاق لا يرى إلى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

أغنياء خد من أن تدعهم حالة تنكشفون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلا يلزم بتعلق به لتصرف فيه فغيرتهم حالة تنكشفون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتحقق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذى نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكمية أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا يتصرف في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آتفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو انه (٢٨٧) اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقائل من

العاقلة والوصية للقائل باطله فيجب أن لا يصح في حصته وأجيب بأن المجرع لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عناه

عنه المال بعد سبب

الوجوب فكان تبرعا مبدءا

ولامانع عنه ألا يرى أنه

لو وهب له شيئا وسلم جاز

قال (واذا قطعت المرأة يد

رجل الخ) اذا قطعت

المرأة يد رجل فتزوجها على

يده فاما أن يقتصر أو يسرى

فان كان الاول صح

التسمية ويصير الارش وهو

خمس ألف درهم مهرا

لها بالاجماع سواء كان

القطع عدا أو خطأ وتزوجها

على القطع فقط أو عليه

وما يحدث منه لانه لما برأ

تبين أن موجب الارش

دون القصاص لانه لا يجري

في الاطراف بين الرجل

والمرأة والارش يصلح صداقا

وان كان الثاني واليه أشار

بقوله ثم مات فاما أن يكون

القطع خطأ أو عدا فان

أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلة الدية ان كان خطأ وان كان عدا ففي مالها) وهذا عند أبي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالزوج على السيد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

امكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال بجمهور الشراح فان قيل القائل واحد لمن العاقلة فكيف يجوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب الذائل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقائل قلنا انما يجوز ذلك لان المجرع لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبدءا وذلك جائز للقائل ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد مجزئ والوصية في المرض عقد مدعي بالموث كإصر حوله وان أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها متبرعة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجرع للقائل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصل في العقد القصاص قضية لا طلاق وقوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى أقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص المثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينفي عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيمدون النفس بصددا لاستبدال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عدا من المفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص وان سلم ذلك لزم أن ينقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير أرش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح فاطبة في أول هذه المسئلة وعزاه جماعة

كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما علم انما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية (قوله لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول يخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف تأمل (قوله وان كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل

لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهر على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط
هنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلو قبلت سقط واما باعتبار عذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل
له اولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون (٣٨٨) هو المهر أجيب بأنه ليس بمعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون

لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهر على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط
هنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلو قبلت سقط واما باعتبار عذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل
له اولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون (٣٨٨) هو المهر أجيب بأنه ليس بمعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون

تيسر ولا وان لم يصلح
القصاص ولا بدله مهرا
يجب مهر المثل وعليها الدية
في ما لها فان قيل قبول
الزوج يتضمن العفو
والعفو لا يضمن فلا يجب
عليها دية أشار الى الجواب
بقوله (لان الزوج وان
كان يتضمن العفو ولكن)
فيما نحن فيه يتضمن العفو
(عن القصاص في الطرف
واذا سري تبين أنه قتل
والعفو لم يتعرض لذلك
فوجب الدية في ما له الاله
عمد) والعاقلة لا تحمل العمد
(والقياس أن يجب القصاص
على ما بيناه) يزيد به قوله
لانه هو الموجب للعمد

منهم الى الامام قاضيان والامام المجبوبي وقالوا أشار اليه المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل
هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون الزوج في صورة الاقتصار
أيضا تزوجا على القصاص فلزم أن لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم المهر لها بالاجماع
في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف بين
الرجل والمرأة هو الارش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر قلنا أرش
اليد ليس بمعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون محجوا ولا فيجب مهر المثل انتهى أقول في
جواب هذا السؤال أيضا انظر فانه ينقض أيضا فاعلم الزوج على يده في صورة الاقتصار فان أرش اليد
يصير مهرها هنالك بالاجماع كما صرحوا به مع تحق الجاهالة الناشئة من عدم تعيين أرش اليد هنالك
أيضا ثم أقول لو قال المصنف في تعطيل صورة العمد أيضا من مسئلته اهذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها
من أنه يكون هذا تزوجا على أرش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد
أبضا عندنا واذا سري الى النفس تبين أنه لا أرش ليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان
سالماعن أن يرد عليه السؤال المذكور وان لم ينجح الى جوابيهما المذكورين في الشروح المختلطين
كما بيناه آنفا (قوله واذا سري تبين أنه قتل النفس ولم يتناولوه لعفو فوجب الدية) قال في النهاية فان قلت لم
يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر أن الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب أن
يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذ كر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت
نعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولا ية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة
القصاص اغناهاستوفي عن نفسها بنفسها وذلك محال لان الانسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه
لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مغالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة
الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول
لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول
المصنف والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه فانه إشارة الى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية
ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارثة للقود فلم يبق
محل للسؤال عن إية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولا ية استيفاءه للمرأة اغناها هو قصاص البس دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف
فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سري تبين أنه قتل النفس فلم يتناولوه ولا ية المرأة

(قال المصنف لا سيما على
تقدير السقوط فيجب
مهر المثل وعليها الدية في
مالها) أقول فانه لما مات
المقطوع يده بالسرارية سقط
قصاص الطرف وبدله
أيضا وهو الارش فان القطع
كان قتلا فيجب جزاء القتل
لا القطع فوجب قصاص
النفس ولعل هذا هو الوجه
في توجيه كلام المصنف وبه
تندفع الشكوك والاوهام
في هذا المقام (قوله

والقصاص سقط ههنا ما يقبلها الزوج الخ) أقول بل السقوط ههنا عود المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على
القاطع لكونه قابلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن
يقول عن نفسها (قوله أجيب بأنه ليس بمعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون محجولا) أقول يخالف لما سري آنفا من قوله
ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع ثم الجاهالة لا تمنع فيما سقط لانها لا تفقضي الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما سري

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطا والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خنر أو خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهر ا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (واب كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا أنه يعتد به بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محابة فيه يكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتعاملون عنها فن الحمال أن ترجع عليهم عوجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

للهالة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العنوا الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغاما ذكر في الجواب المزبور أن المصنف جعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها بنفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المثل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي والعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما به مدح الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فاما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهم ما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لانه لا ينفق وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مال هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تبين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه للعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين اللتين في التنصیل معاً لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضاً أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تخرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطا رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والاسقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويها) وان لم يتساوا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها ما خلف ذمة من له ذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شيء عليها) أي لادية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان له مؤجلة ومهر المثل حال واذا حصل الاجل تقع المقاصة انتهى

وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والآن لفصل ثلثة (قال ومن قطعت يده فاقصص له من اليد) كلامه واضح ولم يذ كر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الآية على عاقلة المستص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا اقطع وبأبنة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع التي يده ثم رجعا فهما اليد وانما يضمنان ما ألتفاده بشهادتهما وما شهد الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما حكي بناء على أنهم ما أوجبوا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقييد بهما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فالاتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقصص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمدا وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يقطع حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما ورده ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فانه عفو وقد قضى له بالقصاص أو لم يقتص فعلى قاطع اليد عند أبي حنيفة وقال الاشئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اطلاق النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا اذا أسرى ومبرا أو ما عفا وما أسرى أو قطع ثم حرقته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا اقطع وبأبنة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفسه تبعاً واذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد ربهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذاك بشئ اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف هما ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجرا مجرى العمد في هذه الوجوه وفاو خلافا وكذا انما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقصص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية يزيد كرما اذا مات المقتص منه من النطع وحكمه الآية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة ورجعه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وانتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام حال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه تزد كرتك الصورة مع كون ذكرا أيضا بما هم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه لم يزد كرتك الصورة هنا مع كون حقه أن تذكرها فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنهما وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم ذلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجي عطف لا ومدا لا فيلغوي بيان ذلك الشارح آياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تنكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكو في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلق فتواتر الى المقابلة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيمنع ان لا يجاب البراءة له بعد عدة الضمان عليه فصار كالمشهد على رجل أنه أبرأ غيره عن الدين ثم رجعا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملاك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهم انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوت مسع المنافي وشو الحسنة كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وحتى استيذاء الخس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقاطع مقصودا غير انه يكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب لضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قوله ما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعف) (٣٩٤)

أو ما عفى وما سرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قوله ما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق وأما صاحب الاسرار فنفه وقال لا نسلم أنه لا يلزم ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق فقات من ذلك فانه لا شيء علمه وقوله (والأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي ففعل فقات لا شيء على القاطع

وانما لا يجب في الحال لانه يمتثل أن يصير قتيلا بالسرية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وما سرى فلما انما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم خرزقته قبل البرء فهو واستيفاء ولو خرز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قيا بالالكف فالكف تابعة لها غير ضابطا للاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجهه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عنه أي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السرية ليس في وسعه فصار كالامام والبراغ والحجام والامور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا وهذا هو الواقع ظاهرا كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحيطة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل امانا قلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة فقيما فمن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأس الجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقاتله فتحقق شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه أيضا الجواز أن يفرغ منه ظاهرا أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحقق شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا مقرر لاشبهة فيه وانما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترا تأمل فان هذا معنى عميق ورفق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل امانا قلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعلا لا قلدا ولا عقدا وهو الأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسرى الى النفس فقات كما مر حبه في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في البراغ والحجام منها دون الأمور بالقطع مسع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكلف فيها) أي في المسائل (بالفعل) امانا قلدا كالامام فانما اذا قلدا القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر في غير الامام من المسائل يعني البراغ والحجام فان الفعل يجب عليه ما بعد الاجارة

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعه ما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أن أقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقا أو بعد البرء والثاني باطل وفي الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف وانما لا يجب في الحال لانه يمتثل أن يصير قتيلا بالسرية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفو لغو الاستيفاء حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره راجع الى قوله قبل التصرف

وارا حجات لا تشهد بوصف السلامة كلزى الى الحربى و فيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه
 قال الله تعالى وان تمسوا الارض كلها و ما يكون من باب الاطلاق أى الاباحة فاشبهه الاصطلاح و ليرى الى صيد قاصاب انسانا فمن
 كذا صيد و طربا بى بالشرق بى شدا و بىر المستأجر والمستعير و به لم يضر ب الصبي باذن الأب فقات و قاطع يد حرى أو مريد أسلم
 بعد ما تشفع له فلا يجب على المستأجر والمستعير لار كواب اذ انقفت الدابة منه و على المعلم و القاطع ضمان و هو لا يجب اذا سرى
 و أوجب بن فى الثلاثة الاولى حصل (٢٩٢)

والراجحيات لا تشهد بوصف السلامة كلزى الى الحربى و فيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب
 الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبهه الاصطلاح

باب الشهادة فى القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على القتل ثم قدم الغائب فأنه يعيد البيعة)
 عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم بعدها بالاجماع) وكذلك الذين يكون لا يبرأ ماعلى آخر
 تلك المسائل أيضا ولا يجزى التشبث بالتغليب نفعا لنا لان قوله بعده والواجبات لا تنقيد بوصف
 السلامة لا يمتشى فى ذلك المسئلة اذ لا يجب على المأمور بالقطع بل عوتبر منه كما لا يخفى فيلزم أن
 يكون الدليل المذكور فى الكتاب قاصرا عن افادة الفرق فى حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق فى
 حقها أيضا بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم الفعل الى الأمر فصار كما لو قطع
 بنفسه وفى ذلك لا ضمان لكن الكلام فى قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام الأمر وهذا مما
 لا ريب فيه

باب الشهادة فى القتل

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أو ردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان
 أدنى درجة من نفس ذلك الشيء (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على
 القتل ثم قدم الغائب فأنه يعيد البيعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد) قال فى العناية والاصل
 ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبى حنيفة تسلك بجهة
 العفو من الوارث حال حياة المورث استحسنانا كما أنه ليس لهم اذ لك بجهة العفو من المورث المجرور
 استحسنانا لئلا تدفع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينتهض بجهة على أبى حنيفة وما تمسك به
 ينتهض بجهة عليهم ما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا
 للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من
 أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا
 عنده باعتبار ائقاده عليه الذى هو الجنابة فى حق المورث وقد صرح به فى كثير من الشروح فأبى
 حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط إعادة البيعة اذا حضر
 الغائب احتيا لا للدعوى وراعى فى مسئلة العفو من المورث المجرور جهة كونه حقا للمورث فقال بجهة

لم يجب اليه شيء وكذا
 اذا أذن بسبب الهلاك
 والاب اذا قتل ابنه وجب
 عليه اليه فكذلك ههنا
 بخلاف المتعص له فأنه
 يقطع بالملك دون المذن
 وما قطع ويرى كان القاطع
 قتل ولا وليس له ملك القتل
 فكان نصرنا فى غير ذلك
 وهو يوجب الضمان وأما
 الرابع فلان القاطع مع
 السراية يصير قسلا من
 الابتهاء ولو قتل ابتداء
 وقع القتل قبل الاسلام
 فى مباح الدم وذلك
 لا يوجب الضمان فكذا
 اذا صار قتل من الابداء
 لانه مستند الى ابتداء
 القاطع

باب الشهادة فى القتل

القتل بعد تحققه رعا
 يجب بعد فيحتاج من له
 القصاص الى اثباته بالبيعة
 فبين الشهادة فيه فى باب
 على حدة (ومن قتل وله
 ابنان حاضر وغائب فأقام
 الحاضر البيعة على القتل

ثم قدم الغائب فأنه يعيد البيعة عند أبي حنيفة وقال لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع)
 وكذلك الذين يكون لا يبرأ ماعلى آخر

(قوله أو مريد أسلم بعد القاطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه
 لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فأنه يقطع بالملك) أقول وكذلك
 القطع باذن المالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير على كان المنفعة كالمالك دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حتى الورثة عند موته حتى المورث عندهما وليس لأبي حنيفة تمسك بحكمة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً كما أنه ليس إلهاماً ذلك بحكمة العفو من المورث المجروح استحساناً للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فإن القتل لو حدث بعد دأماً من جهة الوارث فلو تزوج قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السبب قد تمتدق فصح من كل منهما لذلك وإذا ظهر ذلك فظاهر وجه قولهم ما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين واستدل إلهاماً على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكذبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون المالك فيه لمن له المالك في المعوض كافي الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون الميت تقضى به ديونته وتنفذ منه وصاياه ولا يـ حنيفة أن طريقه طريق الخلاف وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء كالعمد إذا اتهم فإنه يثبت المالك للمولى ابتداء بطريق الخلاف لأن العبد ليس بأهل للمالك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت المالك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل المالك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه عليه كره وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقيين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فإن المحل مما لا شبهة فيه مجال وقوله (فإن أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لأنهم يجبران) تعليل أقوله فشهدا ثم ما باطله وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكر وهو ما قاله الإمام (٣٩٤) المحبوبي لأنهم أجازوا أن القود قد سقطت وزعمهم - ما معتبر في حقهما

إلهاماً في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون المالك فيه لمن له المالك في المعوض كافي الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت وإلهذا يسقط بعفو بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين وله أن القصاص طريقه الخلافية دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهل بخلاف الدين والدية لأنه من أهل المالك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه عليه كره وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقيين فيعيد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا قال شاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته بالإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب (وكذلك عبد بن رجاء قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهدا ثلثان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهدا ثم ما باطله وهو عفو منهما) لأنهم ما يجزآن بشهادتهما إلى أنفسهما غمماً وهو انقلاب التوهم

العفو منه احتمالاً لا لا بد أيضاً وأما عندهما فإما القصاص حتى ثابت للمورث ابتداء على كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فينتجه عليهم ما يؤخذ من صحة العفو من

(قال المصنف إلهاماً في الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد إلهاماً أن القصاص يسير ثم يؤول كالقتول ثم يصير مورثاً عنه كالدين سواء وإلهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئاً من حق الزوج إلا بطريق الوراثة ثم في الدين لا تعاد البينة كذا هذا ولا يـ حنيفة بلى ولكن فيه

شبهة ثبوت إلهاماً ابتداء لأن الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ولو ثبت إلهاماً ابتداء ما دله البينة فكذلك إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة تكون طريقه الخلافية دون الوراثة فحينئذ تدفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الامام الترمذاني ولا يـ حنيفة رجه الله أن في القصاص شبهة ثبوتية ابتداء لأنهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فإنه لا يقضى منه ديونته ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث وكذلك لو انقلب القصاص مالا كان حقا للمقتول تقضى منه ديونته وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أباح حنيفة رجه الله تعالى تارة يعبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافية إذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولا يـ حنيفة أن القصاص حتى الميت من وجهه وحق الوراثة ابتداء من وجهه وذلك لأنه شرع التثني ودرك الثأر وهذا حق الوراثة ابتداء من هذا الوجه لأن الميت لا ينتفع به ومن حيث أنه بدل النفس حتى للميت وإلهذا لو انقلب مالا تقضى منه ديونته وتنفذ وصاياه إلى آخر ما ذكره قال الامام الزبلي في قوله تعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً أن يسأل على أن القصاص ثبت للمورث ابتداء (قوله) كما أنه ليس إلهاماً ذلك) أقول يعني ليس إلهاماً تمسك كافي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لأبي حنيفة تمسك وإقوله كما أنه ليس إلهاماً ذلك الخ يعني للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد من صراحة التمرثني

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا (٣٩٥) أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه

قصده ضرب به لانه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصده ضرب به غيره فأصابه وأقول هـ هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمداً نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتزر عنه المصنف

(وقوله واذا اختلف شاهدان في القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم به ففي النفوس أولى وقوله (لان المطلق يغاير المقيّد) فان المطلق بوجوب الدية في ماله والمقيّد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحتمل اجمالهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاولى بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأى شيء قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح قال (واذا اختلف شاهدان في القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاو شبه العمد ويختلف أحكامهما فيمكن على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأى شيء قتله فهو باطل) لان المطلق يغاير المقيّد قال (وان شهدوا أنه قتله وقال لا ندري بأى شيء قتله ففيه الدية استحساناً) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر عليه

فما قبل فان صدقهما ما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيّد ان منorian بمعونة المقام ومراعاة على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذبهما المشهود عليه أيضاً أي مع القاتل حينئذ ينظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح) قال في الكفاية وانما أول لتسكون المسئلة بمجموعا عليها وقال في معراج الدراية تغلق عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهم ما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الا لة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمداً قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قصده ضرب به لانه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصده ضرب به غيره فأصابه وقالوا كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هـ هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمداً نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتزر عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمداً لكن يرد عليه أن يقال ليس اهذه التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح المشهود بكون ضرب به عمداً الا فيما اذا طاقوا ضرب به ولم يقدموا بكونه عمداً فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شرح الكتباب فانه صريح في أن تصریح المشهود بذكر العمد ليس بالازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد بذلك بل كان معتزفاً بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاو شبه العمد) ويختلف أحكامهما (أقول لو قال بدل قوله المذكور والعقل بالة لغير القتل بالة كما قال في الزمان والمكان) كان أجل وأشمل أما كونه أجل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير مختصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضاً كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضاً باطلة نص عليه صاحب الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر عليه) فيه صنعة التجنيس

شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فاسقة ووجه ذلك

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره الجيب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمداً لا احتراز عن الخطأ عما بعد لغوا بل خطأ لابهامه خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة بقسم المجرمون بالبشوا غير ساعه فالاجال الاول ههنا يعني
الابهام والثاني يعني الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثير من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما
يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون
وعلى كلا التقديرين ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فاسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا
عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسيبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء
وجعل كذبهم هذه معفو عنه عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبنا ويلهم
كذبهم هذا لم يكونوا فاسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقة أي
بظاهر ما ورد بتجوز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظرا لا ورود لما ذكره على وجه الاستحسان
أصلا حتى يرتكب المصنف دفعه هذا المضي وذلك لان ما ذكره من المهدور في صورة ان صدق
الشهود وهو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه
الاستحسان الذي ذكره من قبل توضيحه هو انه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر
منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة
بل كانت شهادة كل واحد منهم يقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول
الفقه فيحمل على الأقل المتيقن فيجب أقل موجبه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذه الوجه فلا
يتوجه أن يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وأيضا
قول المصنف في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك بأي كون مراده بكلامه هذا هو الجواب
عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على
تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذلك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك
بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغوامن الكلام والحق عندي أن قول
المصنف ولا يثبت له مساس الجواب المذكور في الشهادته الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقرره وتطبيقه للقام بأدنى
تأمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة المذكورة في الكافي وغيره
وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور
الشراح أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا
كما أن الاصلاح مندوب اليه ههنا فكان ورود الحديث ههنا ورودا ههنا انتهى أقول فيه بحث لان
المنسوب اليه في باب القتل اعما وعفو أو ايماء القتل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق الشهود
سكان الافضل لهم أن لا يشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على
ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب
الكذب فيرخس الكذب هناك وقد بعض الفاضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والافهوت والوجوب بحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والظاهر أن يقول
بجامع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة
مندوب اليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجراح عدد السكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل
أصلا فلا يوجد ما يستوعب ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على ما عده
أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب اليه لكان الافضل للشهود أن يستروا طرانا لا يشهدوا

أنهم جعلوا عالمين بانه قتله
بالسيف لكنهم بقولهم
لا ندري اختاروا حسيبة الستر
على القاتل وأحسنوا اليه
بالاحياء وجعل كذبهم هذا
معفو عنه عند الله لما جاء في
الحديث ليس كذاب من
يصلح بين اثنين فبنا ويلهم
كذبهم هذا لم يكونوا فاسقة
فتقبل شهادتهم وهو معنى
قوله (وأولوا كذبهم بظاهر
ما ورد باطلاقة أي بتجوز
الكذب وقوله) وهذا في
معناه) أي ستر الشاهد على
المشهود عليه في معنى اصلاح
ذات البين بجامع أن العفو
مندوب اليه ههنا كما أن
الاصلاح مندوب اليه
ههنا فكان ورود الحديث
ههنا كرواده ههنا

(قوله بجامع أن العفو
مندوب اليه ههنا الخ)
أقول ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والا
فهو تسليو الوجوب حيث
لا وجوب للقصاص لا عفو
منه ويمكن أن يقرر هذا
البحث بوجه آخر أن يقال
انه لا يكذب للعفو لانه فرع
وجوب القصاص والظاهر
أن يقول بجامع أن الستر
مندوب اليه أو يقال هذا
اصلاح معنى حيث يخلصه
بهذا الكذب عن القتل
الذي لا مضرة فوقه وأي
اصلاح يصاد له وأنت خير
اذا قيل مراده من العفو
الدرء لا بدفع المذنب

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعنى اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا (٢٩٧) واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك

والاختلاف لا يثبت بالشك

(وتجب الدية في ماله لان
الاصل في الفعل العمد
فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا
أقر الرجلان الخ) مسئلتان
مبناها على أن تكذيب
المقر له المقر في بعض ما أقر
به لا يبطل اقراره في الباقي
فان من أقر بألف درهم
وصدقه المقر له في النصف
وكذبه في النصف يصح
الاقرار فيما صدقه وتكذيب
المشهد له الشاهد في بعض
ما يشهد به يبطل شهادته
أصلا لكونه تفسيقا له
وفسق الشاهد يمنع القبول
بخلاف فسق المقر وقيد
بقوله في بعض ما أقر به لانه
اذا كذبه في كل ما أقر به
بطل الاقرار لانه رد لا قراره
وعلى هذا وقال المقر له بدل
قوله قتلتماه صدقتماه لم
يكن له أن يقتل واحدا
منهما لان معنى قوله صدقتماه
معنى قوله صدقت لكل
واحد منهما ومعناه أنت
قتلت وحده وفي ذلك
تكذيب الاخر في الجميع
وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات
لذويها ذكرها بعد ذكر
نفس القتل وما يتعلق به
(ومن رعى مسلما فارتد
المري اليه والعياذ بالله
ثم وقع به السهم فعلى
الراي الديني لورثة المرتد عند أبي حنيفة

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة
قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله أن يقتلهم
وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل
ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب
القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهد له غير أن تكذيب
المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهد له الشاهد في بعض ما شهد
به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع
صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال (ومن رعى مسلما فارتد المري اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراي الديني عند أبي حنيفة
بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف
بالشك) قال في العناية يعنى اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك
والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت
الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور
القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهد
له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية ففي هذه المسئلة اذا أقر كل واحد
منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما باتلاف
بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهم ما
في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية
في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما ما بالقتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف
القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل
الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذنبك
الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف
ونصف القتل كما زعمه وبنيا عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا
أن كل واحد منهما قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب
القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما
هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر
بالقتل بانفراد وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه
في بعضه الاخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في
الباقي يؤخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فلهذا لا يثبت أن يقتلهم جميعا وان رد انفراد كل واحد
منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا حيث يقتض من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة
كباين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشرح

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقويم سقط حقه كالغصب منه اذا أعتق المغصوب فانه صار مبرئاً لغاصب عن الضمان باعقاً حقه وصار به مبرئاً (كما اذا أبرأه) أى الراعى عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرى قبل أن يصيبه السهم (ولابى حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرى اذا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرى والمرعى اليه قيمته المتقوم) واستوضح اعتبار وقت الرى بما اذا رى صيدا ثم ارتد والعائد بالله ثم أصاب فان رده بعد الرى لا تحرم لان فعله ذلك شرعا وقد تم موجب الحل بشرطه وهو التسليم وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لا مكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالنسبة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجب الدية) أى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء فى قولهم جميعا (وكذا اذا رى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقويم الحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك) ونقض بما اذا رى الى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فقات وجب الجزاء على الراعى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال السكاكى وبه قالت الاثنية الثلاثة لان التلف حصل فى محل لاعصمة له فيكون هدر كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد (٣٩٨) الجرح أى عن الجناية أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم

وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للراعى عن موجب كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرى اذا فعل منه بعده فمعتبر حالة الرى والمرعى اليه فيه المتقوم وله - ذاتعتبر حالة الرى فى حق الحل حتى لا يحرم ردة الراعى بعد الرى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة ووجب الدية (ولورى اليه وهو مرتد أسلم) ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رى حربيا فأسلم) لان الرى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقويم الحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك

وكما أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئاً للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الاسلام انتهى وفى شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للمراجعة كالعقود لا باعتبار أنه صار مبرئاً انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً) أقول قال الاتقاني

(قوله وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للراعى عن موجب) قال فى العناية الا أن أباحنيفة رحمه الله يقول ان قواهما أنه بالارتداد صار مبرئاً عن ضمان الجناية غير صحيح لان فى اعتقاد المرتدان الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير مبرئاً عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرنائى والمحجوبى انتهى أقول اهما أن يقولوا فى الجواب عنه اننا لا نريد بالبراءة فى قولنا لانه بالارتداد صار مبرئاً حقيقة الأبراء بل نريد بذلك الإبراء الحسمى لانه بالارتداد لم أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ماله لا تقوم له لضمان له فى الشرع فصار فعلة فى حكم الأبراء شرعا سواء طابق اعتقاده مبرئاً) أقول قال الاتقاني

هذا لا يصح لان عنده يعنى عند المرتدان الردة لا تبطل التقويم وكيف يكون مبرئاً عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيخان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أى بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالبراءة العفول لكن الاول أنسب للقسام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لانه الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقياسا عليه لصورة النزاع بخلاف ما فى دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرى قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شيء (قال المصنف ولورى اليه وهو مرتد أسلم) ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا) أقول قال السكاكى فى معراج الدراية أى فى قول أصحابنا وقال الشافعى وأحمد يجب عليه فى المرتد والحربى اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذا رى سبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كالحفر بئر الحربى فوقع فيها بعد اسلامه وقتلنا ان الرى لم ينقطع موجبا للضمان لان المرعى غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصابنا اعتبر بحالة الرى كفى هذه المسئلة وكذا مسألة الرجم على ما سيجىء وكذا فى مسألة الذمى ثم تجس وكذا فى مسألة المحرم الا أنهم مائة قولان فى مسألة رضى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئاً للراعى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد مبرئاً والبراءة انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير مبرئاً لان عنده الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير مبرئاً عن الضمان كذا فى جامع قاضيخان والتمرنائى والمحجوبى الى هنا كلام العلامة السكاكى الا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرى ينبوع عن ذلك بعض نبوة

(وان رمى عبد افاعة مولاة ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تادروهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار (٣٩٩) العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد

أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنتقص به اقيمة المرمى اليه بالاضافة

الى ما قبل الرمي فيجب ذلك أي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وله ما أنه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو وظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر به هنا حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمتنافي وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا لعمد من صورة الجرح والقطع

قال (وان رمى عبد افاعة مولاة ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص به اقيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهم ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعده السراية ولو وجب شيء لوجب له بعد فتصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للمرمى عن موجهه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه بوى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رجحه ما لله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرر بالمأول حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رجحه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر في الاسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو بالمأول في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلافا الرواية وان المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهم ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مر أبو حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذا الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى أقول في وجه الفرق نظرا لان الاعتاق وان لم ينافي العصمة الا أنه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يندفع في صورتيهما مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى أن المغصوب منه اذا عتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الا حرا كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا بسيدي لانه مع كونه ظاهرا الفساد اذ لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صرح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان البراء انما يصح بعد انعقاد السبب بخلاف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الآن المرمى اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للسراية عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الآن أبا حنيفة يقول ان قوله ما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

استشهدا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيه ما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم صحة في المتنازع فيه

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عند وقت الرمي فيه لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان البراء بعد تحقق السبب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم اثر منه في المحل وانما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابداء فوجب قيمته للولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة (٣٠٠) يعنى ويقول بالدية نظر الى حالة الاصابة فالجدة عليه ما حقه قتله والباقي ظاهر الخ

والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنائيات
ظاهر المناسبة لما أن الدية
احدى موجبي الجناية
المشروعين للصيانة لكن
القصاص أشد صيانة فقدم
ومحاسن المحاسن القصاص
والدية مصدر من ودى
القاتل المقتول اذا أعطى
وليه المال الذى هو بدل
النفس كالعدة من وعد
قال (وفي شبه العمدية
مغلظة) شبه العمدية تقدم
معناه وحكمه الدية المغلظة
على العاقلة وكفارة على
القاتل وقد بيناه في أول
الجنائيات

كتاب الديات

قال الزيلعي الدية هي اسم
للمال الذى هو بدل النفس
ومصدر يقال ودى القاتل
المقتول دية اذا أعطى وليه
ذلك سمي ذلك المال بالدية
تسمية للفعل بالمصدر
انتهى والاولى أن يقال
الدية هي المال الواجب
بالجناية في نفس أو طرف
(قوله لما أن الدية احدى
موجبي الجناية المشروعين
للسيانة) أقول فان قيل
اذا كانت الدية احدى
موجبها ينبغي أن تذكر في

أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما قللت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبدية فيجب قيمته للولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة
نظرا الى حالة الاصابة فالجدة عليه ما حقه قتله (ومن قضى عليه بالرحم فرماه رجل ثم
رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الراى) لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا
رمى الجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجسس والعياذ بالله
أكل) لان المعتبر حال الرمي في حق المحل والحرمه اذا الرمي هو اذا كاذة فتعتبر الاهلية وانسلاجه عنده (ولو
رمى الحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى جلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه)
لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رمية في حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمي وفى الثانى
حلال فلماذا اختلفا

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنائيات

في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميرثا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير
لقاضيان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه
المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجب وكذا في مسئلة الرمي ثم تجسس وكذا في مسئلة المحرم على
ما سيجىء الا أنهم ما يؤولان في مسئلة ان رى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميرثا للراى عن الضمان
ولهذا قال لا يصير بالارتداد ميرثا والبراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير
ميرثا لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميرثا عن الضمان كذا في جامع
قاضيان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل)
أقول لم توهـم أن هذا الكلام ينافى ما قاله في صدر دليلهم ما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي
فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهم انه يصير
بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه
صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى
وقت الرمي فكانه وجود من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجناية فى الادى
المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما
يقتضى أن يذكر الديات في كتاب الجنائيات كلقصاص بأن يوضع لكل واحد منهم باب مستقل من
كتاب الجنائيات لكون كل منهما موجبا للجنائيات لأن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في
الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود
يحصل عما ذكره قطعاً وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم
يذكره أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحققت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب
الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع
في الكتاب وضع القدورى في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخى فقدم في مختصره كتاب الديات على

قال

كتابها في باب مستقل ولا يجعل كتابا على حدة فلنا نعم الا أنه نظر الى عموم مباحثها وعموم موارد ها وكثرة
الاختلافات فيها ولهذا اعنون محمد كتاب الجنائيات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيرها

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الآية (فان لم يجسد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدّم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً لان عامة أحكام الجنائيات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعبد المحض والدية تجب في شبه العبد وفي الخطا وفي شبه الخطا وفي القتل بسبب وفي العمد أيضاً اذا تمكن فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جعها ديات وقال في الصحاح وديت القتيل أدبه دية اذا أعطيت دية وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم لا واجب على مادون النفس انتهي أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللحيمة الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذراع الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن خزيمة رضي الله عنه كما سيأتي فالظاهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخرافاته بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلته الا دمي أو طرف منه سمي به لانها تودي عادة لانه قلما يجري فيه العفو اعظم حرمة الا دمي انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الآية فان لم يجسد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلا لانه خص بالذكر في بيان كفارته شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين دليلاً عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجدر بـ رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعي بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبه ما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجسد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الاول لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة ولم يذكر آخر الآية وقال في تعليل الثاني هذا النص أي بآخره هذا النص وهو قوله تعالى فن لم يجسد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانياً فلا لانه قال وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مداره فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مداره لغيره في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)
لقوله تعالى ففخر برقبة
مؤمنة) الى قوله تعالى فن
لم يجسد فصيام شهرين
متتابعين الآية وهو نص
في كونها بالتحرير أو الصوم
فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام
لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الرفع بعد فاء الجزاء
يجب أن يكون كل الجزاء ما لم يكن كذلك لا لبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مثل الأثرى أنه لو قال لامرأته إن
دخلت النار أنت طالق وفي نفسه أن يقول وعبدى حركته لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور ولا يحتل الفهم والاخر بالنظر الى
المذكور به في ذلك الغير مراد (٣٠٢) انه كره لانه موضع الحاجة الى البيان والتسكوت في موضع الحاجة الى

البيان بيان (على ما عرف) ولا نه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ولكنه كونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئ ترضيع أحد
أبيه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته
قال (وهو الكفارة في الخطا) لما قلناه (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا وخمس
وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حققة وخمس وعشرون جذعة)
وقال محمد والشافعي أن ثلاثا وثلاثون جذعة وثلاثون حققة وأربعون ثنية كلها خانات في بطونها
أولادها لقوله عليه السلام ألا ان تقيل خطا العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون
منها في بطونها وأولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حققة وثلاثون جذعة

المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهم قوله
ولا نه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو كونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانهم
يرد به نص الخ بعد نفر بع عدم اجزاء الاطعام على ما قبله كالا ما خلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذلك لا يلا
على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قيسل تقر بع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله
لانهم يرد به نص الخ دليل آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص
الخ كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه
الاطعام كالا ما يستدل بمطالع بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في
أسلوب تحريره أصلا (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح يعني
أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لا لبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي
منه شيء ومثله مثل الخ انتهى أقول يشكك هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا في العمد وشبهه
والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة
فليتأمل (قوله أو كونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مراد الذي كره لانه موضع الحاجة
الى البيان وحيث لم يذ كر دل أنه غير مراد لان التسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان
كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان التسكوت
لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان تقيل خطا العمد قتل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل ولم يذ كره فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لاننا نقول بوجوب بيان نص
آخر أو نقول لاننا لم يذ كره فيه الجزاء في وجوب رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى
أقول في كل من جوابه نظرا ما في الاول فلان التشب بوجوب نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده
فيما نحن فيه مصيرا الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فلزم أن لا
يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم أن يكون مستدركا وأما في الثاني فلان
اللازم للجيب دفع النقص عما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك أن ما ذكر فيه مبنى على
وجوب الكفارة في شبه العمد وأما راية عدم وجوبه فيه فيعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى

يعنى في أصول الفقه (ويجزئ ترضيع أحد أبيه مسلم) لان شرط هذا الاعاش الاسلام وسلامة الاطراف والاول يستدل بالسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر بسلامة أطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (رشد والكفارة في الخطا المسانونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتصير بر رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حققة وخمس وعشرون جذعة) ولم يذ كره في بعض نسخ اليداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حققة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع

خلفة وهي الاموال من النوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها ولان خلفه واستدلاله قوله صلى الله عليه وسلم أن ان قيسل خطا العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة أربعة عشر مائة من الابل) أقول قال الكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجوامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقا لعامة الروايات انتهى يشهد له قوله وإلهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب أنجاسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فما قلنا) لاننا نقول أن لنا ما
وانتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه
عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع ومارو ياد غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان
عمر وزيد وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي تجب أنثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفة وقال
ابن مسعود بنجل ما قلنا أرباعا الرأى لا مدخل له في التقدير فكان كالمرفوع ويصير معارضنا لما روينا واذ تعارضنا كان الأخذ بالمتيقن
أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزداد في (٣٠٠) الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم
أو ألف دينار وقال سفيان

الشورى والحسن بن صالح
تغليظ في النوعين الآخرين
أي الدراهم والدنانير بأن
ينظر الى قيمة أسنان الابل
في دية الخطأ والى قيمة أسنان
الابل في شبه العمد فإزداد
على أسنان دية الخطأ يزداد
على عشرة آلاف درهم
ان كان الرجل من أهل
الورق ويزاد على ألف
دينار ان كان من أهل
الذهب لان التغليظ في شبه
العمد شرع في الابل بزيادة
جناية وجدت منه ولم توجد
في الخطأ وهذا المعنى موجود
في الجرين فيجب التغليظ
فيهما وما لنا ما ذكره في الكتاب
أن التغليظ في الابل ثبت
توقيفا فلا يثبت في غيره
قياسا لانه يأبى التغليظ لان
عمد التلاف وخطأ في
باب الغرم سواء ولا دلالة
لأنه لا يبطل المقدار الثابت
بصرح النص بالدلالة
وقوله (لما قلنا) إشارة الى

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا وله ما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل
وما روينا غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضى الله عنه
قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة)
لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطأ تجب به الدية
على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أنجاسا
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة)
وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم
قضى في قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لا يكون كل المذكور أي ان يكون الصيام كل المذكور
وتبعه العيني أقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى
انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام
لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي
ولا يكون ما ذكرنا من التحريم والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان
التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول لقائل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ
الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في
أول هذا الكتاب ومرايا في أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة
وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لا تنفاه
ما هو المعترف بدينه وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان
الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزداد
في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتم امل في التوجيه
(قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم
خطأ أنجاسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وعو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه
وسلم على نحو ما قاله إلا أن عليا رضى الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل أرباعا وخمس وعشرون
حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون ابنه مخاض وذكره

قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنايات قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أنجاسا) قيل منصوب
بانحصار كان ويجوز أن يكون حالا من التسمير الذي في قوله في الخطأ وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن
مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان
ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا
خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الاسماء

(قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لاننا نقول ان لنا ما وانتم تقولون ارباعا) أقول يعني والاول أكمل في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ)
أقول ولأنه لا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

لكن ما قلناه أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخطا طئ معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضنا فاحتاج إلى تأويل وذکر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن (٤، ٣) وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا طئ معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الأول أن المتقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان وغيره من الشروح والمقادير لا تعرف الاسماء فكان كالرفوع فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه أليق بحال الخطا لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الابل في دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف إلا أن قول المصنف ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا طئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل وهذا في ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المصنف هذا نوع ركازة وكان صاحب العناية تنبيهه حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه لكن ما قلناه أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخطا طئ معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيره والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذا الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به يعود قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بان لبون مكان ابن مخاض يتأني الأخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر

(قوله والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول قال الاتفاق أي الحجة على الشافعي قول

ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين) قال إلى قوله وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا) أقول قال الزيلعي واذا جعل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما روى غيره على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الجمل أوجه وقال الزيلعي كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة الواحدة منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنانير وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنانير

وقوله (ولان ثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقال منها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائة بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائة حلة كل حلة ثوبان) وقيل في نفسه بذلك قيمة كل بقرة نجسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة نجسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداهما والخسار قال في النهاية وقيل في ديوان قيس وسراويل قال رفادة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذهب كورفي كتاب الديات يجوز كالمو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله لا يجوز كالمو صالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ابي عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة (ولابى حنيفة أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالبية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيئا مما وجب ضمانه بالانلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالانار المشهورة) كما رويناه (وعدمناها في غيرها) فان قيل فليحقق بها دلالة قلنا حتى ثبت أنها في معناها من كل وجهه (وقوله وذ كرفي المعاقل) أي في معاقل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة ووجهه

قال (ولان ثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقال منها ومن البقر مائة بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائة حلة كل حلة ثوبان) لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالبية وهذه الاشياء مجهولة المالبية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالانار المشهورة وعدمناها في غيرها وذ كرفي المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرفع الخلاف وقيل هو قوله ما

في غاية البيان فليتامر في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائة بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائة حلة كل حلة ثوبان) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذهب كورفي كتاب الديات يجوز كالمو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله لا يجوز كالمو صالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شجرى ما بالهم صور وانظروا فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصر واقع بكلامه انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لامن غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قولهم ما يمكن للقاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الخيل كما يمكن من أدائها من الأنواع الثلاثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يمكن من أدائها الامن هذه الانواع الثلاثة (قوله وذ كرفي المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرفع الخلاف وقيل هو قوله ما) قال جهور الشراح أورد قوله وذ كرفي المعاقل أي في معاقل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة ووجه وروده أن محمدا ذ كرفي المعاقل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذ كر الخلاف فيه وذلك دلائل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يصح شبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع شبهة بحمل رواية

(٣٩ - نكمله ثامن) لا يجوز ولم يذ كر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر شبهة ويرفع الخلاف ولا يرى صحة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قوله ما وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقال منها ومن البقر مائة بقرة) أقول قوله ما بقرة خبر مبتدأ محذوف أي وهي ما بقرة وكذا في ألفا شاة ومائة حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يخير القاتل الا فيما يختلف مذبهما (قوله أحدهما يقرر شبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على وصرفه على النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالرفوع اذا لم يدخل للرأى فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث ومادونه لا يتنصف وذكر في ديات الميسرة وكان زيد بن ثابت يقول انما تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فينتهز حالها فيه على النصف من حال الرجل وان ذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبار ايهما بالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبار ايهما وما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك تأخذتم قال وقال زيد بن ثابت ثلث (٣٠٦) الدية وما فوقها يتنصف ومادونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاث اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربع اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراقى أنت فقلت لابل جائل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجتة عليه مارويناه بعمومه وأن حاله أنه نص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليمين درجة ومنفعة أقل لا تمكن من التزوج قال بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لثلاث يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على رضي الله عنه ومرفوعاً على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه واجتة عليه مارويناه بعمومه ولان حاله أن نقص من حال الرجل ومنفعة أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه

المعاقل على أنها قولها ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منها حيث قال ولا أرى صحة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر أنفاً انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهو في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه بدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما انه صحيح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أعني البقر والغنم والحمال في الدية من الأموال المقدرة انتهى وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء ادفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالجل على الرجوع الى قوله ما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وانما يصلح لان يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لان ما له الى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احدهما قوله الاول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجيع اليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذنبك الوجهين ورداً أحدهما حيث قال وجعل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتان انتهى ومدار رده أحد ذنبك الوجهين على أن يكون المراد به تقرر بالشبهة ورفع الخلاف كذا كره الشراح وذلك لا يتصور الا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والالا لتقرر الشبهة بل ترتفع بالجل على القولين منه تفكر تفهم (قوله ولان حاله أن نقص من حال الرجل ومنفعة أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجزى القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لا يلزم مخالفة

قال (قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام ما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالرفوع على ما مر اراد لا مدخل للرأى فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام ما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالرفوع على ما مر اراد لا مدخل للرأى فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذي سواء) دية الذمي كدية المسلم رجالهم ونسأؤهم كنسأئهم في النفس ومادونهم وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة وبقوله تعالى أفن كان مؤمنا يكن كان فاسقا لا يستويون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تشكافأدماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تشكافأ ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأثوثة وبالأثوثة تنقص الدية فبالكفر أولى وبأن الرق أثمن آثار الكفرة تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضان قوله تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالأثوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فإن المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز بما في يده من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا تلف في النفس أولى وإن لم يكن لنا في المسئلة إلا ما روى الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته أنما يذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن (٧٠ ٣) ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودي

ذميا قتل بمائة من الإبل
ليكن لنا من الظهور في
المسئلة ما لا يخفى على أحد

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس
ذكر ما هو تبع لها وهو
مادونها قال (وفي النفس
الدية وقد ذكرناه) وأعاد
ذكر النفس في فصل مادون
النفس ثم عاهد الذكرا بعدله
وقوله ذكرناه يعني في أوائل
الجنابات ومعنى قوله في
النفس الدية تجب الدية
بسبب اتلافها كما يقال في
النكاح حل ومنه قوله
عليه السلام في جنس من الإبل
الساعة شاة وقوله (وفي

قال (ودية المسلم والذي سواء) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده ثمانعشر ألفا والشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رواه ابنه أشهر عارواه مالك فإنه ظهريه عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه لسلام لعمر بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لما منع أن يمنع بطلان الاصل من الاصل في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنابات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس ومادونها في حكم الدية أيضا

فصل (الدية) فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا ياتي له في البدن عضو أو كان أو معنى مقصودا يجب بانلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالأنف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفقين واليدين وثدي المرأة والنتيين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفارا العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان (والاصل في الاطراف أنه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكمال لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تقويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصى والعين واليد والسلاع والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لأنه لم يفوّت جنس منفعة ولا فوّت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا تلف الكمال فيجب فيه كمال الدية

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهود ويجوز أن يكون الحديث مبيها للمراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لم يمتها بالآثر

فصل فيما دون النفس قال المصنف (وفي النفس الدية) أقول أي تجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس إلى قوله واليهين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علقها بتبنا وما باردا اذا الواقع في العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجهه وهو الحلق بالاتلاف من كل وجهه تعظيماً لا دعى أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروج كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائماً ببعض واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً ببعضين ففي كل واحد منهما انصف الدية وان كان قائماً باربعة أعضاء ففي كل واحد منهما ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عاشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسيم الدية على عدد الحروف) يعني على جلة الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والياء والجيم والذال والراء والزاي والسين (٣٠٨) والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف

لاتلافه النفس من وجهه وهو الحلق بالاتلاف من كل وجهه تعظيماً لا دعى أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروج كثيرة فقوله في الالف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الاربعة فلما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يراد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام اتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تنصل منفعة الكلام وكذا الذي ذكرناه يفوت به منفعة الوطء والابلاذ واستمسك البول والرحي به ودفق الماء والابلاج الذي هو طريقي الاعتلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الابلاج والدق والقصة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به يتفجع بنفسه في معاشه ومعاذه (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

من ذلك نظراً لانه من أقصى الحلق على ما عرف فإلم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روى أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ابنته فكما قرأ حرفاً سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أو وجب من الدية بحسبه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا ينفصل الى اللسان ان تميات بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتبها فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني أو استخلفه على البتات ونكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها أيضاً لتحقيقاً للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقضى سماعاً عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظراً لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فالحقابه غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والياء والجيم والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظراً لانه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والياء وغيرهما ذكر رواه اللفاظ التي يتجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كافي أول أخذوا وسط سأل وأخر قرأ الحرف الذي يتجى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو الالف فنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه ذكرنا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت اللفاظ التي يتجى بها أسماء مسميات الحروف المبسوطة التي ركب منها الكلام كحقيقة صاحب الكشف في

يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع أن يتعاقل وينادي فان أجاب علم أنه لا يسمع وحكي الناطق عن أبي حازم القاضي أن امرأته تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها خافه عظمي عورتك فاضطربت وتيسارت الى جمع ثيابها ووطهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلحق بين يديه حمية فان هرب من الحمية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نقر عنه علم أنه لم يذهب شمه

(قوله أو استخلف على البتات) أقول أي لأعلى العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منهم منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وجهه اذا دفع ما قيل لومات من الشبهة لم تلزمه الادية واحدة فبقوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر كاذ كرفي الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال فالواحد خلق رأس انسان أو لحية لا يطالب (٣٠٩) بالادية حالة الخلق بل يؤجل سنة

لتصور النباتات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الخالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كافي الاذنين الشاخصتين) أي المرتفعتين وصفهما لرفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) أي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبرارا بالدية في الحرافوات الجمال (والخروج على الظاهر) وهو أنه يجب نقضان القيمة وقوله (هو الأصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما تجب الدية في خلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وضورة حلقهما خطأ أن نطنسه مباح الدم فخلق الولي لحية ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجودا كان عمدا فاما المانع عنه مع الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منهم منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلفت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادنى وهذا يحاق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كسعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت على الكمال فتجب الدية كافي الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما اللحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج) ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لانه وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخدود الذقن جميعا الكثرة غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق أثر الجمالية وبؤدب على تركه ما لا ييسر وان نبتت بيضا فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحرس لانه يزيد جالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غيراً وأنه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الشاخصين الدية وفي احدهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رجهما ما لا تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية

أول سورة البقرة وجهه الشرح انما عدوا والالف ونظائرهم من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كمنص عليه أيضا صاحب المكشاف هنالك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون له الحروف التي تجى فان قلت لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المسبوطة التي يتركب منها الكلام ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك أن الفاء من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التي تجى كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أو جيب من الدية بمحاسبته وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجزءا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك نأمل نقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال أقول رد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه فانه قسم اللحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية

لاتثبت الا بالنص أو دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السرية كما تنوهم في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز احاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا

(قوله يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه امانة ذى الروح) أقول أي ليس في الشعور روح

قال (وفي العينين الدية) الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جميع شفر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازاً وأوله قال ذلك دفعاً لخطئه من خطأ محمد في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها (٣١٠) تسمى الاهداب فقال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب فيكون مجازاً

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن خزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تقويت الاثنين من هذه الاشياء تقويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تقويت احدهما تقويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي ثديي المرأة الدية) لما فيه من تقويت جنس المنفعة (وفي احدهما نصف دية المرأة) لما بينهما بخلاف ثدي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تقويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احدهما نصفها) لما بينهما قال (وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازاً كذا كرم محمد في الاصل للجاورة كالأروية للقرية وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين اذ هو يدفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باحداهما فدية واحدة) لان السك كشيء واحد وصار كالشارع مع القصبة قال (وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيعشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً قال (وفي كل اصبع فيها ثلاثة مقاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيه مقاصل في أحدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال (وفي كل سن من سنن من الابل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن من سنن من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روي وما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدى والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمداً ففيه القصاص وقد مر في الجنائيات قال (ومن ضرب عضواً فذهب منه فدية كاملة) كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها.

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة (قوله والاسنان والاضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظروا الصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ومثلها رابعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرابعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثناعشرة سنان تسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى بخراسان لانه ينبت بعد البلوغ

الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستمة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب تقويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعنى الذى يتعلق بدوجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (فان قيل لانسليم) أن فوات الصورة ليس متعلق بدوجوب الدية بل الجلال أيضا مقصود كما تقدم فى حلقى الحاجبين والحية وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون المفسر فى غير موقعه أجيب بان الجلال مقصود فى عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجلال تابع الا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد

(٣١١)

لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع مأوه تجب الدية) انشريت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لانه فوت جبالا على السكال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لانشى عليه) لزوالها لاعتز أن
فصل فى الشجاج قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تخرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى يسيل الدم

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول فى هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل فى قوله والصواب أن يقال وفيه إشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه نصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت منتهى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاء أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرح حواشه فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما فى الكتاب فان الاضراس نعم الانياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر فى النهاية وغيره فاعية ودمعنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر فى الايراد على ما فى الكتاب فلامعنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المبسوط
فصل فى الشجاج لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكروه فى فصل عشرة) قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا لا الثانى وهو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

من حيث تفويت الجلال فاذا اجتمع جعل الجلال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الأفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعنى منفعة النسل وقوله (لانه فوت جبالا على السكال) هو استقامة القامة قيل وفى نفسه ريقوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم أى منتصب القامة وهى تزول بالحدوبة

فصل فى الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكروه فى فصل عشرة) قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا لا الثانى وهو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم فى حلقى الحاجبين) أقول ولك أن تقول فى الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويفرقه ذكروه السكاكى لكنه

كلام على السند (قوله ألا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما تجب الدية فى اليد الشلاء ذن الزينة فيها ليست بكاملة ألا ترى أن الانسان يتجمل بهم اعند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا مجال فيها واذا لم تكمل زينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمع جعل الجلال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شئ بتفويته والله تعالى أعلم
فصل فى الشجاج (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع فى المتعارف والموجود فى الثلاث لأول ذلك

أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدائمة والأول إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن أظهر الجلد الرقيقة الجائلة بين اللحم والعظم أولاً والثاني هو المتلاجة والأول إما أن يقتصر على الأظفار أو يتعدى الأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على أظفار العظم أولاً والأول هو الموضحة والثاني إما

(والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاجة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلد رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أي تبينه (والباضعة) وهي التي تهشم العظم أي تكسره (والمنفلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمنة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في الموضحة) القصاص إن كانت عمداً لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينتهي السكن إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال (ولاقصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة في الآلة لا حد ينتهي السكن إليه ولأنه فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيفسر غورها بعبارة ثم تحذف حدية بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما نطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدرة ولا يمكن إدارته فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تورع النجفي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة) إن كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمية عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمنة ثلث الدية

وقبلها الدامية وهي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير مجتمعة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية إذ إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجي عن المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للعمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه أعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذة من قولهم حرس القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي وذكر شيخ الإسلام هي التي تدمي وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الإسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذة من دمع العين فكأنها سميت بهذا الاسم لأن الدم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجرد من الألم إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتورون تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدامية إذا ظاهراً أن شيئاً من أظفار الدم وأسائه لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً لكل غير مختص بالباضعة فأنظروا في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع

أن يقتصر على كسر العظم أولاً والأول هو الهاشمية والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحوله من غير وصوله إلى الجلد التي بين العظم والدماغ أولاً والأول هو المنقلة والثاني هو الآمنة وعسى العباشرة ولم يذكر ما بعده وهي الدامعة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعده إعادة فكان ذلك قتلاً لاشجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمية والمنقلة والآمنة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المنقمة عليها من الحارصة إلى السمحاق والمبار ما يسر به الجرح أي بقدر غوره بمجديده أو غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو

على رواية غير الأصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة

(قوله والأول أن إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول إما أن يقتصر على الأظفار) أقول أي أظفار الجلد الرقيقة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان فقيم ما ثلثا الدية لما روى في كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمية عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضى الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين استدادا من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في البافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا الاختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما يذكرونها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنبية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها رأس مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

الحم أي نقطعه انتهى وبعض ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحمت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي الا أنه لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا أنها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاجة فانه قال في الكتاب والمتلاجة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لا نأقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاجة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاجة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاءم وتتلاصق اه وقال في الصحاح والمتلاجة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السمعاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة اخذت في لحمه ولم تبلغ السمعاق انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس اختص) قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه الا شئت أن كلاما من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمى الاذن لان المواجئة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما ساء يأتي في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهم ما أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعني يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاجة مشتقة من التحم الشبان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالتلاجة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تبقى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعمد الباضعة لها كما ذكره الامام الزيلعي وغيره من الشراح

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي (٣١٤) تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) فيسئل عليه فيجب

أن يكون غسلها مافرض في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين) مثله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لان قيمة الحر دية قال قاضيان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي فانه اعتبر بحكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعيب

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهاد لالة ففي قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان

الاسواهما) أقول اليد أيضا كذلك ثم الرأس يستتر غالباً بالعمامة نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن

ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بعنايطهم منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسان الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدور لا يجب المقدور وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الآن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الحائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم بمواكب دون هذا الاثر ويؤتم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لانص فيه يرتد الى المصروض عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا لما لك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا المحالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهاد لالة ففي قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدور في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الخاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففي قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدور في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليل على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جراح في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناه ما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لمقرر المصنف شأن آخر كما ترى (قوله الآن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيان في الطهارة لانهم ما من الوجه على الحقيقة الا أن تركناه هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا بقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب الغناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلها مافرض في الطهارة وأجيب بأن تركناه هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا بقيت العبرة للحقيقة انتهى واقضى أثره الشارح العيني أقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيان اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلها بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الحائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الحائفة أن تناوالت ما في جوف الرأس أيضا قال في جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فقام معنى ذكرها وبين حكمها بعد ذلك من تلك الانواع باسرها وبين حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هي احدى تلك الانواع وهو الأمانة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن للبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

فصل في (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ماهر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) أقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي أحدها نصف الدية ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو وتبع للأصابع إلى المتكسب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليدان معاً لهذه الجارحة إلى المتكسب فلا يزداد على تقدير الشرع

فصل في (لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة كرها في فصل على حدة) في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع عشر من الأبل وقوله (على ماهر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكف تفويت جنس المنفعة الخ

فصل في أصابع اليد قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

فصل في الأطراف دون الرأس لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة كرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور أنما ينشئ في بعض منها دون الكل فالوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين السابقين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لمساكناتها إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية إذ في أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذا كره في ماهر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذلك كره هذه المسئلة ههنا مستدركا إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية فعلم قطعا ماهر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولولا يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بالزم أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشري الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة هنا ليس إيمان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها نوطئة للمسئلة المعاقبة أيها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالقصد بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يديلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ماهر) يعني أن قطع كلاً من جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ماهر ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم إن جمهور الشراح قالوا قوله على ماهر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكف تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث إذا الظاهر أن قوله على ماهر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على ماهر وإذا كان قوله على ماهر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح إذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ماهر أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة على ماهر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا بعد ما ذهب إليه جمهور الشراح لأن بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لأن المقروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة

وقوله (ولاتباع لتبع) يعني واذا يكن تبع الاصابع ولا الكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهلداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجراحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كفى آية السرفة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات والخمك أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم ولأن الاصبع له أرض مقدر والكف ليس كذلك ومأثرت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى وهو لا يعارض النص فكان مأثرت فيه التقدير إنما أولى فان المصير إلى الرأى ضرورة ولا ضرورة شرعا ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصا يفرق عندما كان إيجاب الارش المقدر (٣١٦)

وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ولأنه لا وجه الى أن يكون تبعاً للاصابع لأن بينهما ماعضوا كاملاً ولا الى أن يكون تبعاً للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعين فالتس ولا شيء في الكف) وعنده عند أبي حنيفة وقال لا ينظر الى أرض الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لأن الكل شيء واحد ولا الى اعدار أحدهما لأن كل واحد منهما أصل من وجه فربحنا بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشر من الابل والرجح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرض الاصابع ولا شيء في الكف بالإجماع) لأن الاصابع أصول في التقويم ولأن كل واحد يحكم الكل فاستتبع الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) نشر بما لا أدى لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعته بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف هيئاً على ما مر إشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب بعضها فذهب منفعة بدون أن يقطعها فليمان كون الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة تأثيراً وفائدة ظاهرة هناك ثم أقول الأقرب الى الحق عندى أن يكون قول المصنف هيئاً على ما مر إشارة الى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا متصداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تقويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الإشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولأن الكف تبع للاصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو

بين أن يكون الباقي من الاصابع واحداً أو أكثر لأن الاصبع الواحدة أرضا مقدر فيجعل الكف تبعاً للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لأن له أرضا مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم لتبع وقوله (في الاصبع الزائدة حكومة عدل) يعني سواء قطع عمداً أو خطأ وسواء كان القاطع اصبع زائدة أو لا أما اذا لم يكن فسلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص لكن قطع ايهام انسان وليس له ايهام ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرض مقدر فلا مساواة بينهما في

القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقيناً بشرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا أن الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة وقوله (لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم يثبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل أنه لا يحسن الانتفاع به وأجيب بأن إزالة الجزء الآدمي انما يوجب حكومة عدل اذا بقي من أثره ما يشبهه كافي قطع الاصبع الزائدة وإزالة الشعيرات تزينة لا تشبهه فلا توجبها كالمقص طفر غيره بغير اذنه

(قوله وأجيب بأن إزالة الجزء الآدمي الخ) أقول وجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (ما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فم والسن الشاغية هي التي يخالف
 نبتانبت غيرهما من الاسنان يقال رجل أشقى وامرأة شغواة فانه وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة
 للالزام) انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير (٣١٧) الالزام حتى لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة
 هذه الاعضاء منه بقينا

يخرج عن عهد الكفارة
 لان الغالب هو السلامة
 وقد تقدم من قبل في قوله
 ويجزئه رضيع قال (ومن
 شجر رجلا فذهب عقله أو
 شعر رأسه) في هذا بيان أن
 الجزء قد يدخل في الكل
 قوله (فصار كما اذا أوضعه
 فمات) يعني من حيث ان
 ذهب العقل في معنى تبديل
 النفس والخاصة بالهائم أو
 من حيث ان العقل ليس
 في موضع يشار اليه فصار
 كالروح للجسد وقوله
 (وأرشد الموضحة يجب بفوات
 جزء من الشعر) لبيان الجزئية
 وقوله (حتى لو نبت) يعني
 الشعر (يسقط) يعني أرشد
 الموضحة لبيان أن الارش
 يجب بالفوات كذا في النهاية
 وليس بمتقرر اليه لكونه
 معلوما وقوله (وقد تعلقا)
 يعني أرشد الموضحة والدية
 (بسبب واحد) وهو فوات
 الشعر لكن سبب الدية الكل
 فدخل الجزء في الجملة كما
 اذا قطع اصبع رجل فسلت
 يده

(قال المصنف وقال الشافعي
 تجب دية كاملة) أقول
 قال الكاكي وبه قال أحمد
 والنوري لعموم الحديث قلنا

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل)
 وقال الشافعي تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود
 من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحته لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
 بخلاف المارن والاذن الشاغية لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبي)
 لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
 به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شجر رجلا فذهب عقله أو شعر
 رأسه دخل أرشد الموضحة في الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضعه
 فمات وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا
 بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فسلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل
 واحد منها جناية فيمادون النفس فلا يتدخلان كسائر الجنايات

الاصابع لا غير فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحرير
 المصنف هنا فقال لهما أن أرشد اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل في البطش الاصابع
 والكف تبع لهما اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بهما لم يجعل تعالى في حق التضمين انتهى ثم أقول
 يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش
 به أي لان أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف
 أيضا بطش في الجملة بالنسبة فترفع التدافع (قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار
 كما اذا أوضعه فمات) أقول فيه نظرا ذلوا كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هـ ذما مدار دخول
 أرشد الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيمادون النفس من انه قد روي أن عمر رضى الله عنه
 قضى باربعة ديات في ضربة واحدة ذهب به العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات
 من الشجة لم يلزمه الدية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) في ضربة ذهب بها
 العقل الدية واحدة فليتأمل (قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط)
 قال صاحب النهاية أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت به هذا أن وجوب
 أرشد الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من
 الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني أرشد الموضحة لبيان أن الارش يجب
 بالفوات كذا في النهاية وليس بمتقرر اليه لكونه معلوما انتهى أقول ان قوله وليس بمتقرر اليه لكونه
 معلوما ليس بشيء اذ لا ريب أن كون وجوب أرشد الموضحة بفوات جزء من الشعر لا مجرد تدفريق
 الاتصال والايلام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما
 ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرشد الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلمة بان
 لا نبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي تبينه ثم بينوا حكمه بانه
 القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور
 يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشترط أن لا نبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشها
 أمر اخفيها محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من

خص منه لسان الاخرس انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه الخ)
 أقول قال العلامة الكاكي وفيه تأمل اذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب وبعضهم قالوا محل الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال
 من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (٢) لم لا يلزم كذا بهامش الأصل

وقوله (وجوابه ما ذكرناه) قيل يعني بقوله لان بفوات (٨١) العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد

وجوابه ما ذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرض الموضحة مع الدية) قال الرازي
قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية
البصر وجه الاول أن كلامهما جناية فيمادون النفس والمنفعة مختصة به فأنشبه الاعضاء المختلفة
بمختلف العقل لان منفعة عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطلان
فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شجر - لا موضحة فذهب عيناه
فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقال في الموضحة القصاص)
قالوا وينبغي أن تجب الدية في العيين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فשל ما بقي من
الاصبع أو اليد كلها الا قصاص عليه في شيء من ذلك)

الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي وجوب أرض الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر
على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب أرض الموضحة باعتبار ذهاب الشعر
بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من اليبايات الواقعة من
الذوات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية قيل يعني بقوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع
الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو أشمل بحث
لان المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه
قوله فدخل الجز في الجملة لان الجزية انما تجدي صورة فوات شعر رأسه بالشجة لاني في صورة ذهاب
عقله هو او قد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه يكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات
الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أرض الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر
لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجز في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص
بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء
يختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني أشمل من الاول
والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي
المسئتين فيجوز وجود الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الاول أن كل واحد جناية فيمادون النفس
والمنفعة مختصة به فأنشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعة عائدة الى جميع الاعضاء) قال
في معراج الدراية قال الهندواني كنا نفرق بين هذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب
عقله أن علمه دية العقل وأرض اليد بخلاف من أحد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب
أرض اليد كالأومات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع
والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها
الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو
واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرض اليد في الدية وإن اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد
فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسئلة الشجة أيضا عضوا
مغايرا لعضو الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين
فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخفى عن
الانتقاض أيضا فتأمل (قوله وجه الثاني أن السمع والكلام مبطلان) قال صاحب العناية قيل يراد
به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيه المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان
المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عمرا
جسدا وان كان المراد به

وذكر أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا) قيل أبي حنيفة وأبي يوسف قال في النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سوا لكونه مثالا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذ كر محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الايضاح أو لا يذ كر أحد أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أرض الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أرض الموضحة لا تدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (وجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطلان قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيه المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عمرا

التكلم بالحروف والاصوات في جعله مبطلانظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أي قال المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العيين) (وقالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العيين)

وقوله (لهم في الخلافة) أي فيما إذا شجر رجلا موصحة فذهبت عيناها (فلا يجب في الموصحة القصص وفي العنين الدينية) أي ولاي حنيفة (أن الجراحة الأولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية إذا لميس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة أي الثابتة حال الشجر) وكذا الحمل (أي حمل الجنيتين) واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر (ونهاية الجنائية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كن رعى الى رجل عمد فأصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك أننا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سرية الاول وههنا ليس كذلك فان السرية انما تكون بتعاقب الآلام وههنا يتحقق في شخص واحد قوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع) جواب عما يقال (٣١٩) اذا قطع اصبع رجل عمد افاضطرب السكين ووقع على اصبع أخرى

فقطعهما يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه أن القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود وأما ذهاب العين بالسرية فليس بفعل مقصود فقوله (لانه ليس مقصودا) الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسرية ووجه هذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختلف الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني (وقالوا زفر) تركيب غير جائز ولو قال وقالاهما وزفر كان صوابا وقوله (والوجه من الجانبين

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل) وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحل خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال اقطع المفصل واترك ما ليس أو كسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك) لان الفعل عمل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجعه منقولة فقال أشجعه موصحة وأترك الزيادة لهم في الخلافة أن الفعل في محالين فيكون جنائتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لاتعدى الى الأخرى كن رعى الى رجل عمد فأصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله أن الجراحة الاولى سارية والجرائم بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وههنا الحركة القائمة وكذا الحمل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر وأورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سرية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع اصبع عاقل شلت الى جنبها أخرى فإلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالاهما وزفر والحسن يقتص من الاول وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاول وهو ما إذا شجر موصحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيه ما لان الحاصل بالسرية مباشرة كافي النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافة الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية أن سرية ما يجب فيه الفصاص الى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كالرواية الى النفس وقد وقع الاول ظاهرا ووجهه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسيب لا يرى أن الشبهة بقيت موجبة في نفسه ولا قود في التسيب بخلاف السرية الى النفس لانه لا تبقى الاول فانقلب الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الاعلى رواية ابن سماعة (ولو أؤخذ موصحتين

نظرا انتهى أقول يمكن أن المراد به الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطلنا كون محالهما مسطورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول انما قل أن يقرر هذا بخلاف وبناء في ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد قد دخل الجزع في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزع في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم الآن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقاميين على اختلاف الروايتين في المسئلة وهما بعضه كلام ناج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الدرر السمين يد في الجامع على نحو ما ذكرهنا

قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شجر رجلا موصحة فذهبت عيناها الخ وقوله (أنه يجب القصاص فيهما) أي في الشبهة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشبهة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيه ما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لايجب القصاص اتعذر باعتباره المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود ويجب القصاص فكذلك بسرية الموصحة وقوله (بخلاف الخلافة الاخيرة) يعني قوله وان قطع اصبع عاقل شلت الى جنبها أخرى وقوله (لا يرى أن الشبهة بقيت موجبة في نفسه) حتى وجب أرشها مع دية العنين عند أبي حنيفة والقصاص في الموصحة والارض في العنين عندهما

وقوله (فنا كنا) أي صارنا واحدا بالكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة وروايته ابن سماعة (عنه) يعني لا فاصل
على المشهور وفيه - ما للخصاص على رواية ابن سماعة (وعنه أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فنبت مكانها أخرى يجب حكمه عدل)
لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم به هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله (فنبت سن
الاول) يعني بغير عوجاج وان نبت معوجا (م ٣٣) يجب حكمه عدل وقوله (ولهذا يستأني حولا) أي يؤجل سنة

(بلاجماع) وقال في التمه
حتى يبرأ موضع السن
لا الحول هو الصحيح لان
نبات سن البالغ نادر فلا
يفيد التأجيل وليس بظاهر
وانما الظاهر ما قال المصنف
لان الحول مشتمل على
الفصول الاربعة ولها تأثير
فيما يتعلق بيدن الانسان
فلعل فصلا منها يوافق
مزاج المجنى عليه فيؤثر
في انبائه ولكن قوله
بالاجماع فيه نظر لانه قال
في الذخيرة وبعض
مشايخنا قالوا الاستيناء
حولا في فصل القلع في
البالغ والصغير جميعا لقوله
صلى الله عليه وسلم في
الجراحات كلها يستأني
حولا وهو كثرى ينافي
الاجماع وقوله (فاختلاف قبل
السنة) أي قال المضروب
انما سقط سنني بضر بك
وقال الضارب بسبب آخر
وقوله (ليكون التأجيل
مقبدا) يعني أن التأجيل
انما كان لظهور عاقبة الامر
فلا ولم يقبل قوله كان
التأجيل وعدمه سواء وقوله
(وان اختلفا في ذلك) أي
في سقوط السن بعد السنة

فنا كنا فهو على الروايتين حاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبت مكانها أخرى سقط الارض في قول
أبي حنيفة ودالا عليه الارض كاملا) لان الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مستدأ من الله تعالى وله
أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبت لا يجب الارض بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة
ولا زينة (وعنه أبي يوسف أنه يجب حكمه عدل) لمكان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فرد صاحبها في
مكانه او نبت عليه اللحم فعلى القالع الارض بكامله) لان هذا مما لا يعتد به اذا عروق لا تعود (وكذا اذا
قطع أذنه فالتصقها بالجمجمة) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانزع المزوعة سنة
من النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسة مائة درهم) لانه تبيين أنه استوفى بغير حق لان
الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانه عدمت الجنابة (ولهذا يستأني حولا
بالاجماع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للخصاص الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق
فاكتفينا بالحول لانه ثبت فيه ظاهرا فانما ضي الحول ولم تنبت قضينا بالخصاص واذا ثبت تبيين أنا
أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الآن لا يجب الخصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب
انسان سن انسان فتحركت يستأني حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجده القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد
سقطت سنة فاختلاف قبل السنة فيما سقط بضر به فالقول بالضروب) ليكون التأجيل مقبدا وهذا
بمخلاف ما اذا شجبه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة أما النحر يك فيؤثر في السقوط فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب)
لانه ينكر أثر فعله وقدمضى الاجل الذي وقته القاضى لظهور الاثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط
لاشئ على الضارب) وعن أبي يوسف انه يجب حكمه الالم

وذكر في الاسلام البزدوى في مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه
يجب في الكل الارض ويجعل كانه جنابة واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع)
أي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التمه أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول
هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارض لانه
لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك أجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال
المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الانسان فلعل فصلا منها
يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انبائه وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض
مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات
كلها يستأني حولا وهو كثرى ينافي الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذي ينافي لاجماع مما نقله
عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو
عدم اجماع المشايخ لا عدم اجماع المجتهدين وضراد المصنف بالاجماع في قوله ولهذا يستأني حولا
بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ واتفقاء أحد الاجماعين لا يستلزم اتقاء الآخر

(قوله وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعني بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسنين
انما هو في الصغير وأما في البالغ فلا يستأني (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأني حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي
يستأني حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى عليل أن ما ذكره الشارع لا يدل على نفي
الاجماع في سن البالغ الاستكف (قال المصنف وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل
على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعده او ثبت ذلك بالبينة أو بالنكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله (يجب الارش كاملا) وقوله (لماذا كرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالعيب في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لأنه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحرة (٣٣١)

لون الانسان بحال فكان

مفوت الجمال على الكمال اذا

كانت بادية قال (ومن شج

رجلا فالتحمت) كلامه

ظاهر وتعليل أبي حنيفة

وأبي يوسف هو الموعود

قبيل هذا بقوله وسنين

الوجهين بعد هذا وقوله

(الأن أبا حنيفة يقول

ان المنافع الخ) جواب عن

قول أبي يوسف فالالم

الحاصل ما زال وعن قول

محمد انما لزمه أبحر الطبيب

ووجهه أن تحمل الالم

من المنافع ومعالجة الطبيب

كذلك والمنافع على أصلنا

لا تقوم الا بعدد كالأجارة

الصحيحة والمضاربة الصحيحة

أو شبهته كالأجارة الفاسدة

والمضاربة الفاسدة ولم

يوجد شيء من ذلك في حق

الجاني فلا يغرم شيئا وقوله

(ومن ضرب رجلا الخ)

يعني اذا ضرب رجلا مائة

سوط فبحرجه فبرئ منها وبقى

أثر الضرب فعليه رأسه

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط) ولكن السقوط يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لاقصاص لماذا كرنا (وكذا الواجر أو الخضر) ولو اصف فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل مازال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه انما لزمه الطبيب وعن الدواعي بفعله فصارك أنه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تقوم الا بعدد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبحرجه فبرئ منها فاعياه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما اذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قدم مضى في الشبهة الملتزمة قال (ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله خطا قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

ألا يرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبهه أن يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطقي في الاحناس عن فواد أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجلا لا ينتظر به حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضى عليه بأرثها وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطقي أيضا قال في المجدولون زرع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينان النازع للزروع سنة ويؤجله سنة من ذبوم زرع سنة فإذا مضت سنة ولم تنبت افتصله وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأني حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذ بما ذكر في المجدولون رواية خلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة من افعال الاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة من افعاله حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير جعل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومهرج الدراية قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع بخلاف رواية التتمة (قوله ولم تسقط) ولكن السقوط يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله قال في الذخيرة والمحيط أو جب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

(٤١ - تكملة ثامن) وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف

قدم في الشبهة الملتزمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب أرش الالم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد

(قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير ففيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس)

أقول بخلاف لماذا ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف

رحمه الله تعالى عليه أرش الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير

ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه ثمن

الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لا طراد منه

وقوله (لأن الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما يبدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قد ابتداء قال (ومن جرح رجلا جرحا لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولأن الجراحات يعتبر فيها ما أكلها إلا إذا أكلها في حكمها في الحال غير معلوم فلعلمنا تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الأمر بالبرء قال (وكل عمدة القصاص فيه تشبيهة قالية في مال القاتل وكل أرض وجب بالصلح فهو في مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه الممد والثاني يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن

في البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيما على التفصيل إن كان السن من الأضرار التي لا ترى أن فاتت منفعة المضع بالاسوداد يجب الأرض كاملاً ولا يجب حكومة العدل وإن كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرض بالاسوداد وإن لم تفت منفعته لأنه قوت جبال على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى النخبة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل أنه مخالف لما ذكره قيسل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الإنسان التي ترى ليست بقصود منها بالذات وإن حصلت فيها أيضاً في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للإنسان وما ذكره قيسل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا لعماد وفي الأعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كلبه ونحوه فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لأنه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أنفاً انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط أما أولاً فلأن هذا الحديث كجروى موقوفاً عن ابن عباس والشعبي روى أيضاً مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرض الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعاً إليه بالريب وهذا يكتفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه على ما روى موقوفاً أيضاً يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لأنه مما لا يعلم بال رأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع ضمانة للصحابي عن الكذب والجفاف ويصير الموقوف في كالمرفوع على ما تقر في علم الأصول وهو في الكتاب مراراً فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أنفاً والذي مر منه أنفاً يصير جواباً عن نظره هذا فإنه قال هناك روى محمد بن الحسن في موطئه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما ما قال لا تعقل العاقل عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرض الموضحة انتهى وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصحته عن الكذب والجفاف إلى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره هذا كما لا يخفى (قوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول إن قيسل ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لأن المصنف قال في أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول في أول فصل ومن قطع يد رجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً الحديث) أقول وفي الكفاية ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرض الموضحة قوله ولا عبداً أي لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس لأن الأطراف في العبد يملك بها ممتلك الأموال والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم ودم العبد لا يسلك به ممتلك الأموال وقد قيسل أن المراد أن العبد إذا جنى جنابة فالمرء هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا في الأوضح انتهى ورد في القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقل وعن عبد فإنه فرق بين عقلة وعقلت عنه انتهى وسيجيء جوابه على التفصيل

وقوله (واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله يجب حالة لان الاصل
وقوله (لا سيما الى زيادة) يعني المجهل فانه زائد على المؤجل (٣٣٣)

وهو معروف فاجاب
المال حالا بالقتل يكون
زيادة على ما اوجبه
الشرع ولما لم يجز التغليظ
باعتبار العمدية قدرا
لا يجوز وصفا لانه تابع
للقدر وقوله (لما رويانا)
يعني قوله صلى الله عليه
وسلم لا تعقل العاقلة عمدا
ولا اعترافا وقوله (عمده)
أي عمدا كل واحد منهم
وقوله (ولهذا يجب
الكفارة به) أي بالمال
وانما فيه لانهم اجتمعوا
على أن التكفير بالصوم
لا يجب عليهم ما وقوله (ويحرم
عن الميراث على أصله) أي
ثبت هذان الحكمان وهما
وجوب الكفارة وحرمان
الميراث على أصل الشافعي
(لانهم ما يتغلغان بالقتل) فعلم
بهذا أنهم ما مطالبان بوجوب
القتل فكذلك ههنا لما
تخلف عنه أحد حكمي
القتل وهو القصاص
ينسحب عليه الحكم الآخر
وهو وجوب الدية في ماله اذ
الاصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من
الضابطة الكلية لكنه
ذكره لبيان خلاف الشافعي)
أقول وجوبه في ثلاث سنين
لم يعلم منها (قوله فانه زائد
على المؤجل من حيث
الوصف في المالية) أقول قوله في المالية متعلق بقوله زائد

قال (واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله يجب حالة لان الاصل
أن ما يجب بالانلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهو إذا عمدا فلا يستحقه ولأن المال
وجب جبراطقه وحقه في نفسه حال فلا يتخير بالمؤجل ولأنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا
كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الأذى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت
بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا مجعلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتباره العمدية
قدرا لا يجوز وصفا (وكي جنابة اعتد بها الخاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلة) لما رويانا
ولان الاقرار لا يمتد إلى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي
والجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجهة جسيمة فصاعدا او المعتوه كالجنون)
وقال الشافعي رحمه الله عمده عمدا حتى يجب الدية في ماله طالة لانه عمدا حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه
تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا يجب
الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهم ما يتغلغان بالقتل ولما روي عن علي رضي الله عنه انه
جعل عقل الجنون على عاقلة وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقلة الخطأ لما
استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر وأولى به هذا التخفيف ولا نسلم
تحقق العمدية فانها ترتب على العلم والعلم بالعقل والجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأي تحقق
منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهو ليسا من أهل العقوبة والكفارة
كاسمها استتارة ولا ذنب تستر له ما من فوقه القلم

شبه العمد الدية المغلطة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا يعني يحدث من بعد
فهى على العاقلة فلو كان الاول ههنا مالا وجب بالقتل ابتداء لو وجب على العاقلة على مقتضى الأصل
المذكور ههناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به أيضا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال
لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كافي القسم الثاني فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد
حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد (قوله واذا قتل الأب
ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه
ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه
المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبدية أيضا بدون بيان خلاف
الشافعي أصلا فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا من ذكره
حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثره وهل يتفوه
العاقل بمن ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة
بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتأجيل في العمد
أصلا بل يخصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليمه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي في
العمد وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان
خلاف الشافعي لا يقتضى افراد حكمها تلك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تنشئة
للاعتذار المذكور أصلا

فصل في الجنين عتب أحكام الاجراء الحقيقية أحكام الجسء الحكي وهو الجنين لكونه في حكم الجسء من الام (واذا ضرب بطن امرأة ألقت جنينا ميتا فيه غرة نصف عشر الدية) غيرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسبي بدل الجنين غرة لان الواجب عبده والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدره يظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل) وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة الاف والعشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لأنه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالثلث فان قيل (٣٢٤) الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا

لا يجب في جنين البهيمة الاتصاف بالبهيمة ان تمكن

فصل في الجنين قال (واذا ضرب بطن امرأة ألقت جنينا ميتا فيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

فصل (الجنابة) في الجنين لما ذكر أحكام الجنابة المتعلقة بالآدمي من كل وجهه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجهه دون وجهه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين مادام محتثا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفسه ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو أوارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ولادته له ذمة صالحة ولهذا الواجب على مال انسان أن تلحقه يكون ضامنه له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله) وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة استدراكه بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بالارباب اذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية الرجل لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فافادة هذا التفصيل الفارق بينا الذكرو والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدة أن أولم يقسم نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفقد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تبيها ما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشئ انتهى أقول بردي على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءا فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءا اتلاف عضون الآدمي صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة أنه لا بكل أعضائه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لاتمة قوم انتهى ندر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الاتصاف بالام ان تمكن اه ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

فصل في الجنين (قوله) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارسة (قوله) وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدد ما الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء (قال المصنف قال معناه دية الرجل أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكرو والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم بجوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم

أن الغرة مفردة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف

عشر دية ان كان ذكرا وعشر دية ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بثلث النسبة من قيمته لان كل ما كان هدرامن دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الانثى محل هو حي) أقول أي هو حي بقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلة ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر وهو اذنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصبي عرف بالآثر على خلاف القياس

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالآخر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخجل من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا تجب شئ فسكت زفر فقال له السائل أعتقتك سائبة فجاء زفر الى أبي يوسف فسأله عنه فأجاب أبو يوسف بعثل ما أجاب زفر فخافه بعثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً ويحتمل أنه رجوع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة تبوتاً صحيحاً الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المائنة وقوله (اذا كان

خمسمائة درهم) قيل

فيه بداهة احتراماً عن جنين

الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ

خمسمائة ورد بان ما يجب

في جنين الامة هو في مال

الضارب مطلقاً من غير

تقييد بالبلوغ الى خمسمائة

على ما سيجيء وقيل له

وقع سهمان الكاتب

وكان في الاصل اذ كان

خمسمائة تعليلاً لكونها

على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالآخر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ليس بسديد فان تيقن كونه معد للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم فينثني وينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي في ايجاب ذلك الضمان بانلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره وانتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام يحيروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قديماً هذا احتراماً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخى لكن هذا لا يتضح لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشرح أيضاً ذكرنا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب العناية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهم والقلم وينبغي أن يكون اذ يسكون الذال بلا ألف بعده ما يعنى أنها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل مادوناً انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برده بعد أن نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل قديماً هذا احتراماً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل له وقع سهمان الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى فكأنه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضاً مردود عندى اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذ بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عدم سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل

أعتقتك سائبة) أقول كانوا

في الجاهلية اذا أعتقوا

على أن لا ولاء للمعتق قالوا

أعتقته سائبة، وهو من سبب

الماء أى جريه وسبب الدابة

اهمالها (قوله وهذا دليل

على أن قول زفر هو وجه

الاستحسان) أقول أى

الوجه الثابت بالاستحسان

(قوله وقال في الذخيرة قوله

وجه القياس) أقول أى

الوجه الثابت بالقياس

(قوله قيل قديماً بداهة احتراماً عن جنين الامة)

أقول ولعل الاولى أن يقال احتراماً عنه فان ما يجب فيه

ليس مقدراً بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها شرعاً (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله

لا تبلغ خمسمائة يعنى بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المضاف مقدرة

أى بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا

حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل اذ كانت خمسمائة) أقول قوله اذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة)

أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذ بلغت قيمته دية الرجل فالخلاص ما ذكرنا من ملاحظة

التقدير شرعاً

وقوله (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل) (٣٣٣) الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي أوديته أمر لمخاطب من أودى وهذا الحديث حديث جمل بن مالك بالخاء المعجمة والميم المفتوحة بن قال كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما ما بطن صاحبها يعود فسطاط أو عسطح خيمته فألقت جنينا ميتا فاختم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا وليا للضاربة دوه فقال أخوها أندى من لصاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل فقال عليه السلام أصبح كسبح الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة وقوله (الآن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا كانت خسمائة درهم وقد علمت ما يرده عليه من النظر

القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقا بأن يكون معنما إذا كانت خسمائة درهم على البتة بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيوان كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليقه نظرا لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الحاني بل لابد من أن يكون البدل أقل من خسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خسمائة درهم وقد مر قبيل هذا الفصل أن عبد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جنابة موجبة خسمائة فصاعدا ويمكن أن يقال إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما مر جوابه وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المخالف على المختلف تأمل تنق (قوله ولأنه بدل النفس) ولهذا سمي عليه السلام دية حيث قال (دوه) أقول في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحيث فانه عليه السلام سمي كثيرا من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمر بن حزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية إلى غير ذلك فليتأمل في الدفع (قوله الآن العواقل لا تعقل مادون خسمائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خسمائة وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خسمائة درهم لا تعقل العاقلة ولنا فيه نظران في جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلا لأن الواجب في جنين الأمة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لأن قول المصنف الآن العواقل لا تعقل مادون خسمائة انما يدل على أنها تعقل خسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات ففهوم قوله المذكور أنهم انعقل خسمائة فصاعدا في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب الغاية قول المصنف الآن العواقل لا تعقل مادون خسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا كانت خسمائة وقد علمت ما يرده عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرده عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقا من غير تفيد بالبلوغ إلى خسمائة إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان أنفا ثم أقول في تقرير مراد المصنف هنا خلل إذا لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خسمائة درهم بالاجماع فني أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خسمائة درهم تكون أيضا

من (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل) (٣٣٣) الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي أوديته أمر لمخاطب من أودى وهذا الحديث حديث جمل بن مالك بالخاء المعجمة والميم المفتوحة بن قال كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما ما بطن صاحبها يعود فسطاط أو عسطح خيمته فألقت جنينا ميتا فاختم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا وليا للضاربة دوه فقال أخوها أندى من لصاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل فقال عليه السلام أصبح كسبح الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة وقوله (الآن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا كانت خسمائة درهم وقد علمت ما يرده عليه من النظر (قال المصنف حيث قال دوه) أقول يجوز أن يقول تعليلا لقوله قضى الخ أول قوله سماء دية والثاني أقرب ويستفاد تعليل الأول منه أيضا (قوله أو بسطح خيمة) أقول أي عود من عيدان الخباء (قوله فقال أخوها أندى من لصاح ولا استهل

وقوله (لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها
وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو غلط يكون إذا كان
أكثر من نصف الأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالواو أكثر من نصف الدية لو كان نصف
العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها) (٣٧) على من وجب يجب في ثلاث سنين
صورته أن يشترط عشرة

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا
بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث
الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب
يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذكر والأنثى) لا طلاق ماروينا ولا في الحيين إنما ظهر
التفاوت لتفاوت معاني الأدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر عقداً واحداً وهو خمس مائة (فإن ألقته
حياتاً ثم ماتت ففيه دية كاملة) لأنه أناف خيا بالضرب السابق (وإن ألقته ميتة ثم ماتت الأم فعليه دية
بقتل الأم وغرة بالقائها) وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وإن ماتت الأم من
الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياتاً ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين) لأنه قاتل شخصين
(وإن ماتت ثم ألفت ميتة فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين) وقال المشافه يجب الغرة في الجنين لأن
الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتة وهي حية
على العاقلة حتى يتوجه أن يقال أنه ينافي بتقييدهم بقوله كم إذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلأن
الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد
قول المصنف الآن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لأن يكون معمولاً به في مقابلة ذلك الحديث دون
بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قررره (وقوله ولأنه إن كان بدل النفس من حيث
أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة) أقول لقائل أن يقول لم يعكس الأمر أي لم يعمل في حق التأجيل
بالشبه الأول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطالب ههنا ولا يظهر في تقرير
التعليل ههنا ما ذكر في الكتاب من أخذ من المبسوط حيث قال ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس
مودعة في الأم حتى يتفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا القدر المتيقن أنه انتهى تدبر تفهم
(قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب
النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو يدل من أقل أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من
نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبقى بدلاً حيث
انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية
أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر قال
الشارحون وكلاهما غير صحيح لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو غلط
يكون إذا كان الأكثر من نصف الأقل أو بدلاً منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه أقول فيه
شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً بين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة
على الأول تدافعاً لا يخفى في اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لأن حيث
حال حياة الأم ومات الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

وقوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالواو أكثر من نصف العشر (قوله صورته أن يشترط عشرة ربعاً في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن
موجباً إلى سنة فلو أن يكون نصف العشر موجباً (قوله صورته أن يشترط عشرة ربعاً في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن
الأول أن يقول مثلاً إذا اشتراك

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنباً ميثالاً احتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانح فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوده وحى احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لقياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الأمه الخ) يعني جنين الجنين والامن المغرور نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان الامه اذا كان ذكر او لم يكن الحمل من المولى (٣٣٨)

ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يمتنع بموتها اذ تنفسه بنفسه فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألفت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفي جنين الأمه اذا كان ذكر انصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الاصل

سداد المعنى حينئذ يدفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي اذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقيد بالاكثر نظر لأنه اذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب الغاية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس عقيداً لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانت إرضاء وأشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً في سنة لأن الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها انتهى أقول فيه أنه اذا كان ما دواً أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضاً مؤجلاً بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلاً كقول من نصف العشر أو يكون مؤجلاً بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يمتنع بموتها اذ تنفسه بنفسه) فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنباً ميثالاً احتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانح فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوده وحى احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لقياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذنا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

أنتى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكر او عشرة ان كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منهما لم يمت الغرة لكونه حراً فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لا نسكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكر ورثته وأقربته تأخذ بالتيفن

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسيب للموت يوجب الضمان أيضاً فينبغي أن يجب وجوبه أن يجاب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فان حياته مشكوكة وهذا ليس في معناه حتى يلحق به

لكثرة الاحتمالات هناك وهكذا قيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للخصيص من دليل فليست أمهل هل يمكن التخصيص بالمباشرة يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة الى المباشرة (قوله وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة بشمله فلا حاجة الى الالحاق (قال المصنف وفي جنين الأمه اذا كان ذكر انصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي اذا كانت حاملاً من زوجها الامن مولاهما يكون الولد رفيقاً ولا من مغروراً لأنه لو كان الحمل من مولاهما أو من المغرور يجب الغرة ذكرنا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج الى هذا التقيد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل ألا ترى أنه اذا قلع السن فنتنت مكانه أخرى لم يجب شيء وهما بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسانية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البديل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية أنه لا يجب الانقصاص الا ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله (فنظرنا إلى حالتي

(٣٣٩)

السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة اعتبارا بحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لامسكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف لا يقال هذا اعتبار بحالة الضرب فقط اذا الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب الغرة وقوله (ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروب باعنا ثمانية يجب على الضارب مائتا درهم وقوله (على ما نذكر بيانه بعد هذا) يعني في جنابة المملوك والجنابة عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوقات وليس غير المطلقة نظير

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العنق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا لاياء وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لان الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي يجب لانه نفس من وجهه فيجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البديل قالوا الآن بناء على ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين النام في جميع هذه الاحكام) لا طلاق ماروينا ولا ولده في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفس وغير ذلك فكذلك في حق هذا الحكم ولان به هذا القدر يتميز من العلة والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون إرادته مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فمعنى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساد فكهانه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إرادته أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا كذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة بعد أو أمة يتناول المنزاع فيه قلت لا بد من اضممار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك واقف في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه له سمعت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجه كما هو الظاهر من سياق تعليقه بكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجهه لا يكون هذا دليلا على مدعا نأدفعها لما قاله الشافعي من أنه جزم من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل فليتأمل

(٤٣ - تكمله ثامن) المطلقة حتى يلحق بها دلالة ألا ترى أنه لا يجب كل البديل والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح

(قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلة والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضفة الآن يراد التمييز التام الكامل

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيباً والاول اولى بالتقديم امالانه قتل بلا واسطة واما الكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاكثف المستراح والميزاب معروف والجرح من قبل هو البرج وقال نحر الاسلام جذع يخرج به الانسان من الحائط ليبنى عليه والعرض بالنفس الناحية قبل المراد به هنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم ووجه الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمدوعة في الكتاب الخصومة وتعرض للزعر ولم يتعرض للمنع الاعلى قول محمد فان فيه خلافاً بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يذمه من الوضع سواء كان فيه ضرراً ولم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق (٣٣٠) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعاً فهو كالأذن له الامام

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج الى الطريق الاكثف كنيفاً وميزاباً أو جرحنا أو بنى دكاناً لرجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض بكافى المالك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك قال (ويسع للذى عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليخلق ما في معناه به اذا المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً وميزاباً لآبائهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف بأضرارهم أو لم يضر الآبائهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعدى الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً قال (واذا أشرع في الطريق روشناباً ونحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلة) لانه مسبب لتلفه متعدي بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيباً وقدام الاول لكونه أصلاً لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أمس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذى عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليخلق ما في معناه اذا المانع متعنت أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفاً للذى عملها ما لم يضر بالمسلمين مسألة متفق عليها بين الأئمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى الاعلى أصل محمد أما أولاً لان قوله فليخلق به ما هو في معناه ليس بتمام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله اذ قد صرح في الشروح وعامة المعبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً

وأما الخصومة في الرفع فالمد كور في الكتاب قول أبي حنيفة وقال ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالأذن من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد فيه فالذى يحدث يريد أن يجمعها في يده نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار في يده فالذى يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله (ويسع للذى عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أى لا ابتداء ولاجزاء يعنى متعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص

لان الضرر يعنى المضارة وهو أن تضر من ضررك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذاً أو ما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ بيان ذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به أسكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعنى في الغالب قال نحر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالباً فقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روشناباً) وهو المراد على العلويين لوجوب الضمان

باب ما يحدث الرجل في الطريق

(قوله وتعرض للزعر ولم يتعرض للمنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للزعر وتارة للمنع فالمصنف تعرض للاول دون الثانى (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضاً (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روشناباً) أقول روشن هو الرف عن الأذى وعن القاضي الصدر الممر على العلو وهو مثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس الزوشن السكة

وقوله (عما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله (والضمان على الذي أحسنه فيهما) يعني ضمانهما على الحدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع في هذا الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعا وعلم بذلك أو لم يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لأنه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكندارة وحرم الأثر إنما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والاساوى الملك غيره كافي الرمي قيل ان كان قتل حقيقة فالقياس شمول (١٣٣) الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان

وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدي للدماغ عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عدأ وخطا ولم يوجد شيء منهما وقوله (اعتبار الاحوال) يعني يعلم بيقين انه قتل الجراحة ولا يعلم انه بأي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشتري متعد أيضا بترك الرفع مع امكانه شرعا وأجيب بأن سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان لأنه ليس بمباشر ولا متسبب واستشبه بكل أيضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى

وكذلك اذا سقط شيء عما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا عثر بنقصه انسان أو عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخرها) فافالضمان على الذي أحسنه فيهما) لأنه يصير كالمدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب طرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطر فان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهذا النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولولم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف (اعتبار الاحوال) (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركه المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جرفا فاحرق شيئا يضمنه) لأنه متعد فيه (ولو حر كنه الرمح الى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه) لتسخ الرمح ففعله وقيل اذا كان اليوم ربحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كمباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضررا ولم يكن اذا اراد الوضع بغير إذن الامام لان فيه الاقيبات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فذلك أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والاتفاق به يشتمل على أمر منكر على أصله ما هو الاقيبات على رأى الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الخلق ذلك به وأما ما ينافلان قوله اذا المانع منعته ليس بتمام أيضا على أصله ما قطعنا اذ لو صح عندهما كون المانع منعتهما المذهب الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبنا ذلك ودليله ما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء عما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هذا مستدرك لان ما مر أنفما من لفظ مختصر القدورى وهو قوله واذا أشرع في الطريق روضنا أو ميزابا أو نحو ذلك فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقبته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فمراحة كما ترى وأما الغير ذلك فبعموم قوله أو نحو ذلك فلا حاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لأوجه اللفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا عثر بنقصه انسان أو عطبت به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا انقضى الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطبت به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرود وجوب الضمان لافي وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا عثر بنقصه

صاحبه بالنقص فلم ينفذ حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب أن ضرورية صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة تخريج الجناح بشغل هو اعطى طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله (ولو حر كنه) أي الجرح قيل فيه تلويح الى أن الرمح ان هبت بشره فاحرق شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجرح وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ربحا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والاول أعنى الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني وقوله (وقد أفضى اليها) أي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الرمح

(قوله يعني يعلم بيقين انه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعل جاع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعله أخرجهوا جناحا على فناء دارى فان لم يبق حق ذلك ولم يعلم الفعل غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه واجب بامرهم ان يرجعوا به عليه كما لو استأجره ليدفع شاة ثم استحققت بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآخر وان قال أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لاحق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر (٣٣٣) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف يقع عليهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطيته به ذابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التسهيل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) (الح) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحا على فناء دارى فانه ملكي أولى حتى اشترع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العمل بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الآخر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجره غيره ليدفع له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر لانه غتره كذا إذا وان قال المستأجر للأجراء أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجره ليدفع شاة جارية فذبح ثم ضمن الذابح للجازم يرجع به على الآخر وكذا لو استأجرهم ليندوا بيننا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآخر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مما لو كان له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث ان الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عما بهما وانظروا شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من انظروا قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه تلك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جهو و الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاء جهو و الشراح لكنه مشكك عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة وقد سبق وهما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا أخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح من القديم

لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجره ليدفع شاة جارية فذبح ثم ضمن الذابح للجازم لم يرجع به على الآخر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآخر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء داره مما لو كان له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث ان الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآخر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عما بهما وانظروا شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من انظروا قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه تلك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما

تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العمل وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا يجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهو مباشرته انتهى فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صح الاستحجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة واصلا ما فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل
بنفسه فلهذا يفتنمه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فغضب به انسان أو دابة وكذا اذا رشح الماء
أو بوضاً) لانه متعد فيه بالحق الشرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من
أدائها أو قعداً ووضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيه الكونه من ضرورات السكنى كما في الدار
المشتركة قالوا هذا اذا رشح ماء كثيراً بحيث يرقى به جادة أما اذا رشح ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه
لا يرقى به عادة لا يضمن

أول مخبرهم - والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث
ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ
من العمل مع أن مدخلة هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعته ولم
يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل
الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك بأشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من
حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل
الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر - والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الإجراء ويرجعون
به على الآخر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي
الاستحسان يكون الضمان على الآخر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب
الاستحسان على الآخر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولية كون الضمان في الوجه الأول أيضاً اذا
كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآخر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآخر أنه
ملكى أولى حتى ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهم في سائر الأمور
كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليقها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل
المنقول عن شيخ الاسلام بل أباه جداً قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل
فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفاً لحكم الآخر مطلقاً
وقال في تعليل الأول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلاً حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير
داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقبصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون
الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الآخر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقاً أي في الوجه
الأول أيضاً من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلاً عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الآخر بأن له حقاً
في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلاً وصار غير داخل في عقد الآخر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان
أخبارهم لهم بأن له حقاً في ذلك وعدم أخبارهم بذلك سبباً قطعاً يقتضي أن لا يتم في صورة السقوط
قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره من رجوعهم بالضمان على الآخر قياساً واستحساناً في الوجه
الأول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب
على العامل بأمر الآخر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلاً في صورة السقوط قبل
فراغهم من العمل صار مخالفاً للأمر الآخر خارجاً عن عقده فلم يكن بأمر الآخر فإنا كان وجوب الضمان
عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم وبقتضى أيضاً أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره
ليسبح شاقه ثم استحققت بعد الذبح فلم يستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآخر في صورة
السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هنالك لم ينقلب مأهولاً خارجاً عن العقيد بل وقع على مأهول
الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآخر بحكم التغير بخلاف ما نحن فيه في
صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت أعرف أن بعض الفضلاء قال هذا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صح الاستحجار)
يعني بالنظر الى أن له أن
ينتفع بفناء داره فبالنظر الى
هذا كان أمره معتبراً ووقع
فعلهم عمارة واصلاً
فانتقل فعلهم اليه فكانه
فعله بنفسه ولو فعله بنفسه
يقتد بشرط السلامة
لكونه غير مملوك له فكذا
اذا أمر به وقوله (بخلاف
ما اذا فعل ذلك) يعني الضم
والرش والوضوء وقوله
(كافي الدار المشتركة) يعني
أنه له أن يفعل فيه ما هو من
ضرورات السكنى وهو
اعتبار لحق الملك بحقيقته

(ولو تعمد المروور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجده موضع المروور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المروور على موضع صب الماء مع علة بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش بجمع الطريق يضمن لانه مضطرب في المروور وكذلك الحكم في الخسبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمن ما عطف على الأمر استحسانا واذا استأجر أجير البيي له في فناء حانوته فمعه قتل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان الأمر بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) فساد الأمر قال (ومن حفر بئر في طريق المسلمين أو وضع حجرا قلقت بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه ماله فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخسبة لما ذكرنا من خلاف ما اذا كس الطريق فعطف بموضع كسبه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمعد فانه ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الأذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة وله هذا التحجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذي الشاة وسيجي من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ايسر بسديد اذ لم يقل أحد بان اشترع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخفى من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهم ابل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة للحالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذي الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لافي صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح أيضا لا بد وأن يحمل على كون اشترع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لافي الصورة الثانية وأما كون اشترع الجناح مباشرة مطلقا لفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فيعزل عفا فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المروور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسألة رش الماء تغاير مسألة صب الماء وقد ذكرنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المروور في موضع صب الماء وذكرا الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتد بذكره بأنه انما فعل هكذا اعناء الى اتحاد مسئلتين الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بتغايرهما ما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجير البيي له في فناء حانوته فمعه قتل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر وأذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فمات فيه انسان أو ذابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى أقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أن الفناء للمستأجر الا أنه يدل باطلا لانه على أن الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لخوارج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فمعه قتل) أي تثبت وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فمات فيه انسان أو ذابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذ كر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافقيات الاستبعاد بال رأى
افتمال من الفتوت وهو السابق وقوله (وكذا الجواب على هذا) (٣٣٥) (التفصيل) يعني انه لو فعله بأمر من له

الولاية في الامر لم يضمنه ولو
فعل بنفسه من غير أمر
أحد ضمنه وقوله (عما
ذكرناه) يعني من أول
الباب الى هنا من اخراج
الكنيف والميزاب والجرح
وبناء الدكان واشراع
الروشن وحفر البئر وقوله
(وغیره) يعني ما لم يذكره
في الكتاب كبناء الظلة
وغرس الشجر ورمي النبل
والجلوس للبيع وقوله
(وكذلك ان حفره في ملكه
لا يضمن) يعني كما اذا أمره
الامام حفره في طريق
المسلمين لم يضمن ما تلف به
كذلك اذا حفره في ملكه
وان لم يأذن له الامام وقوله
(وكذلك اذا حفره في فناء
داره) يعني وان لم يكن
الفناء ملكه وقيل جازله
ذلك اذا كان الفناء مملوكا
له أو كان له حق الحفر بأن
لا يضرب لأحد أو أذن له
الامام أما اذا لم يكن كذلك
فانه يضمن

الكناسة في الطريق وتعمل بها انسان كان ضامنا لتعديده بشغله (ولو وضع حجرا فخما غيره عن موضعه
فغضب به انسان فالضمان على الذي فحماه) لا بد حكم فعله قد انتسخ افرأغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان أمره السلطان بذلك
أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وان
كان بغير أمره فهو متعدي) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافقيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعدي (وكذا اذا حفره في فناء
داره) لانه ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه

فراغ الاجر ولم يتعرض له الشارع أيضا فتبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل
في الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان
اكرامه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيرى اه أقول ليس هذا سيدلان كون مجرد الأمر من السلطان
اكرامه ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر
الامام ليس باكرام فإذن ان يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان
بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراما قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن
لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبره عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه
المسئلة وذلك لان الامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذ كر رواية الجامع
الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان
عن الفاعل صرح به في عامة المعربات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون
قوله أو أجبره عليه عطفًا لتفسير يأخذا لوجهه لان العطف التفسيرى لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا
لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها بيا ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره
عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان
بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا أجبره عليه فما تامة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره
السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمر به اسكان له حسن ان يكون الثاني من
قبيل السترقى تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج
الكنيف أو الميزاب أو الجرح من الى الطريق وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وزاد
صاحب العناية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر
ورمي النبل والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صلب الماء في الطريق وكذا رش الماء
أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيئا من ذلك مع التزامهم البيان
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما ذكره وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما ذكره
خلاف الجواب فيما ذكره كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في
الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لخراج الجناح أو الظلة فوقع
وقتل انسانا الخ ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل
الشراح مسئلة استئجار الفعلة لخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما صرح على ما فعل في فناء
الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في

(قوله والبالوعة ثقب في
وسط البيت وكذلك البالوعة)
أقول وهذا المعنى لا يلائم
المقام (قال المصنف فان
أمره السلطان بذلك أو
أجبره عليه لا يضمن)
أقول الأمر من السلطان
اكرامه فقوله أو أجبره
كالعطف التفسيرى واذا

أذن ولم يأمر ينفي أن لا يكون متعديا اذا لاقتيات

وقوله (عذرا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا إذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقعة فيه جوعاً أو غمًا) أي انخفاقا بالعقوبة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفسقة معه ألا ترى أنه لو حبس رجلا في بر حتى مات غمًا فإنه لا ضمان عليه بخلاف (٣٣٣) ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العنق أثر في نفس الواقعة فلا بد من أثر

وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقعة فيه جوعاً أو غمًا لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لغنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر والضمنان انما يجب إذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات جوعاً فكذلك وإن مات غمًا فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يخص بالبئر وقال محمد وهو ضامن في الوجوه كلها لأنه انما يحدث بسبب الوقوع اذ لو لا ذلك لكان الطعام قريبا منه قال (وإن استأجر أجرا حفروا له في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنه في غير فئانه) لأن الأجرة صحت ظاهر اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لأنهم كانوا مغرورين فصار كما إذا أمر آخر ببيع هذه الشاة فذهب بها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لأن الأجر مباشر والأمر مسبب والرجوع للبشارة فيضمن المأمور ويرجع المغرور وهو نائب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والاجير

الوقوف لوجوب الضمان وقوله (وإن استأجر أجرا حفروا له في غير فئانه) يعني بأن كان الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها في غير فئانه أولا فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لأن الأجرة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا ذلك ويكفي لنقل الفعل إلى الأمر لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة إلى ذلك فذلك فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لأنهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الأجراء وصار هذا الأمر في صحته ظاهرا أو كون المأمور مغرورا كالأمر ببيع شاة ظهر فيها استحقاق الغير إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لكونه مباشرا أو كون الأمر مسببا والرجوع للبشارة فيضمن ويرجع للغرور وهو نائب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والاجير

الكتاب بناءه في طريق العامة أو أنهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعد وما استأجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب ببناءه بنفسه سكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله الأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمم فيما فعل في فناء الدار أيضا وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر (قوله وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن البناء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول برده عليه أنه ينافي ما ذكره من المسئلة المقررة لجمع علمه أو هو وقوله وإذا استأجر أجيرا ليبنى له في فناء داره ففعله به إنسان بعد فراغه فحان يجب الضمان على الأمر استحسانا فأمّل (قوله وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد وأذن له الإمام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيره خلل أما في الأول فلا أن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بالخ باباه جدا فإن عدم الضرر لا حد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلا أنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عبط فيه كما مر آنفا ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك أن حفره في ملكه لم يضمن وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك أن حفره في ملكه لم يضمن يعني كما إذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك أن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن فلامعنى لجل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون إذن الإمام أيضا على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكا أو كان بحيث

(قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف إن مات جوعاً أو غمًا فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلا عن الأسيباني فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله

غير متعد والمستأجر متعد فبرجح جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه وليس باجبرور بن قينتي الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطوبى بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشرع الجناح فان الاجراء عنك اذ لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا وجعوا على الامر وهما لم يضمنوا

أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الدايح مباشر والامر مسب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقتها (وان قال لهم هذا افئنان) فظاهر وقوله (فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) فبقي الحق الضرب بغيره لانه اذ لم يلحق الضرب بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى أما اذا كان الغناء للجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدى انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نغمة في الظن وبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان قال أو كان بحيث لا يلحق الضرب بغيره فاشترك مع جهور الشراح في أن يرد عليه ما يريد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعديل ذلك لانه اذ لم يلحق الضرب بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضى الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدى فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندى أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما ترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم) قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدارجهم التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعديل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف لتعديل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فليتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا نطلاق يده في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذنا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ايس انفى مضمون الجملة حالا عند جهور

غير متعد والمستأجر متعد فبرجح جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا افئنان) وليس لي فيه حق الحفر فخر واوليات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فاغروهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا نطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فبقي ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعد رجل المرور عليهم فاعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمر رجل المرور عليها)

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذ لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى أما اذا كان الغناء للجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدى انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نغمة في الظن وبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان قال أو كان بحيث لا يلحق الضرب بغيره فاشترك مع جهور الشراح في أن يرد عليه ما يريد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعديل ذلك لانه اذ لم يلحق الضرب بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضى الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدى فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندى أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما ترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم) قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدارجهم التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعديل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف لتعديل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فليتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا نطلاق يده في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذنا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ايس انفى مضمون الجملة حالا عند جهور

(قوله وفي عبارته تسامح الخ) أقول لا تسامح اذ المراد أنه لا يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور فقوله لان صحة الامر لا تحتاج الى الخ ان أراد صحة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل

(٣٤ - تكمله ثامن) عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فسلم ولا يفيد كما لا يخفى (قوله بالنظر الى ما ذكرنا) يعنى قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول في الفعل بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجامع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعد باظهار وأما يساء القنطرة فلان الباني قوت خفا
على غيره فان التدبير في وضع القنطار على الانتهاء العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام فكان جناية بهذا الاعتبار
والجناية تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه
وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق (٣٨) وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

لان الاول تعد هو تسييب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخال فعل
فاعل مختار يقطع النسبة كما في الخافر مع الملقى قال (ومن جل شيئاً في الطريق فسقط على انسان
فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب
به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد
بوصف السلامة والادب لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد عما ذكرنا جعلناه مباحاً مطلقاً وعن
نحوه انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة
فعلق رجل منهم فيه قنديل أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك
من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أي حنيفة

الحاجة على ما تقرر في موضعه حينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير في حق الحفر عنه حالا
وأما عند بعض الحاجة فكامة ليس وان كانت للنبي مطلقاً إلا أن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من
الازمنة فهو على ما قيد به وأما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحتمل الإيجاب عليه في تخويز يد قائم
كذا حقه الاندلسي واستحسنه الرضوي وفيما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما
يحمل الإيجاب عليه قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون
الضمنان على الاجزاء قياساً لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك
دلالة ذلك وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا
لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندى في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي
على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في الاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة
المسلمين أو مشتر كابان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف
فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه
القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن
يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على
احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة أو في
الحق المشترك بدون اذن الشر يك فاسد لانه تعد ولهذا الوجه به بنفسه فتلف به انسان أو به جمعة يجب
عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى
قوله فعطب به فهو ضامن وأراد الوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه
وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة الى
قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين
وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر
به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستنداً كالحصاة وثانيه ما أنه لو كان مراد المصنف بذلك كقوله

وذلك لا يشمل التعثر به نعم
انظ الجامع الصغير وهو
قوله محمد بن يعقوب عن
أبي حنيفة في الرجل يحمل
الشيء في الطريق فيسقط
منه ذلك الشيء فيعطب به
انسان فيموت قال الحامل
ضامن يشملهما والفرق
بين العبارتين بين وفي بعض
الشروح جعل قوله وهذا
اللفظ إشارة الى قوله فعطب
به انسان لم يضمن وهو
بالنسبة الى الرداء فاسد لان
موت الانسان بسقوط
الرداء عليه غير متصور
ولعل المصنف رحمه الله
نظر الى المعطوف مع قطع
النظر عن المعطوف عليه
وقوله (فيخرج بالتقييد
عما ذكرنا) يعني بوصف
السلامة وقوله (حالا
يلبسه عادة) يعني مثل
اللبس والجوارق ودروع
الحرب في غير موضع الحرب
وكذا اذا لبس زيادة على
ما يحتاج اليه على رواية ابن
سماعة عن محمد بن جهم
الله لعدم عموم البسوى به
وقوله (للعشيرة) يعني أهل
المسجد وقوله (ضمن)

وقال

يعني اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله بأذن واحد من أهل المسجد

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله
فسقط على انسان فعطب به فساداً للفظين بنفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه
الآيرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد حمل قول الشارح
ولعل المصنف نظر الى المعطوف المخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعني اذا لم يكن الباني موجودا ما اذا كان فكنصب الامام اليه وهو مختار لاسكاف رحمه الله قال ابو الليث رحمه الله
وبه نأخذ الا ان نصب شخصا او قوم بدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم أولى
بنصب الامام والمؤذن والباني أولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله) فلهنم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا
سبقوا بها فانه ليس لغيرهم أن يكرروا الجماعة وقوله (وقصد) (٣٩٣) القرينة لا ينافي الغرامة) جواب

عن قولهما لان هذه من
القرب وقوله (كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا) فانه
قصد القرب به لكن أخطأ
الطريق فان شرطها أن
يكون الشهود أربعة ممن
تسمع شهادته فاذا انقضت
انقلبت قذفا واستوجب
الحد قال (وان جلس فيه
رجل منهم فعطب به رجل
الخ) وان جلس في المسجد
رجل من العشرة فعطب
به رجل فاما أن كان في
الصلاة أو لم يكن فيها فان
كان في الصلاة فلا ضمن
عليه سواء كانت الصلاة
فرضا أو نفلا لان النقل
بالشروع يصير فرضا وان
لم يكن فيها بل كان قاعدا
لغيره ضمن عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال لا يضمن
على كل حال

(قال المصنف وقال
لا يضمن في الوجهين
جميعا) أقول قال السكاكي
وهما اذن الامام أو العشرة
أو عدم اذنهم ما وبه قال
الشافعي في وجه ومالك
وأحمد قال الحلواني وأكثر
مشايخنا أخذوا بقولهما
في هذه المسئلة وعليه

وقال لا يضمن في الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحدهما ذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولا يضمن في حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد
لا يلهي دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح باب وغلقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله
فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة
وقصد القرينة لا ينافي الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما ضمن فيه
الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان
في غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداء قد لبس فسقط فعطب به
انسان لم يضمن اذا وجه لنا أخيرا بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال
صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف
على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعطير ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر
عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف
عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضمن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة
المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أتنبه من هؤلاء الشراح كيف جملوا امراد المصنف ذلك
المتقن الخبر على ما ياباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا
اللفظ اشارته الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي أيضا فانه مصون عن المحذورات
المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان يسقط الرداء
عليه غير متصور انتهى أقول رده مردود اذا لا يحسن أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم
الكبير أيضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضا فيحقق بذلك فيموت نعم تحقيق مثل هذه الصورة نادر
لكن إمكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب
العناية بوجه آخر فقال ولما أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين
بمخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن التعطير ولو
سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هذه النظمه أقول كل من مقدمات
كلامه كاسد أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بمخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق
بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن التعطير فلان الفرق بين اللفظين نفسيهما بدون أن يكون له تأثير
فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق
عن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذي هو علم في التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس
مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا يبدفه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله
فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة ألا يرى أن كلمة الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع كون
النتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أي فيما اذا فعل ذلك أحد من العشرة وفيما اذا فعله

الفتوى كذا في الذخيرة انتهى كلام السكاكي وقوله وهما اذن الامام الخ محمل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول قوله
بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح فان القعود لها محمل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف فالاولى القصر على قوله أول
يكن فيها

(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعني منتظرها) أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو صرفه ماراً أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس (٣٤٠) كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام

ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو صرفه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف. وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

أحد من غير العشرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشرة أو عدم اذنه ما تتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذاك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو صرفه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو صرفه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خال فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد بذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعتبر به انسان فحان وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو صرفه ماراً فعتبر به انسان فحان ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكري في النهاية أيضاً نقل عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤالي وجوابه ساقية أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاقاً

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالاجماع وذكره في الاسلام والصدور الشهداء أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة

أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو صرفه ماراً ضمن عنده وقال لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو لذكره كاختلاف المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقاً (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لا كثر حكم الكل وله

وقوله (له) ما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر (قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسجد له فيها بالغدو والآنصال وقوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لأن المسجد موضع السجود لا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعدة فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الاصل في دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لأجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرنا من الاتيين على ما سوى الاذن والعكوف فيه وليس الكلام فيه وكونهم من ضرورات الصلاة (٣٤١) مسلم لكن لابد من التفرقة بين

الموضوع الاصل وما ألحق به والباقي واضح

فصل في الحائض المائيل

لما كان الحائض المائيل

يناسب الجرح والروشن

والجناح والكنيف وغيرها

ألحق مسائله بها في فصل

على حدة قال (واذا مال

حائض الى طريق المسلمين

الخ) أخذ الشافعي رحمه

الله في هذه المسئلة بوجه

القياس ولم يوجب الضمان

وعلمنا ونارجهم الله

استحسنوا ايجاب الضمان

وهو مروى عن علي رضي

الله عنه وشريح والنخعي

والشعبي وغيرهم من

التابعين رحمه الله

والوجه من الجانبين مذکور

في الكتاب

(قال المصنف لهما ان

المسجد انما بنى للصلاة

والذكر ولا يمكنه أداء

الصلاة بالجماعة الا

بانتظارها فكان الجلوس

فيه مباحا لانه من ضرورات

الصلاة) أقول لا يخفى

عليك أخصية الدليل من

المدعى الآن الحق سائر المباحات مثل المرور والقعود

تأمل فانه ما حينئذ يحتاج الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيمة بشرط السلامة وأما المذکور في الكتاب فهو اباحة

معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المنطوق ليس مطلقا بالاباحة بل الاباحة المقيدة بالمعللة بما ذكر (قوله

لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس المسجد

أقول هذا دليل عرفي

لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أو لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فحملنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا أو الجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرحى الى الكافر أو الى الصيد والمنشئ في الطريق والمنشئ في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فتعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

فصل في الحائض المائيل قال (واذا مال الحائض الى طريق المسلمين فطوبى صاحبها بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفسه أو مال)

المشايع على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لان سلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك بل وازان يكون مختارا للمصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فيمنع على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعلم سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحدا بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالثبت جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماختره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهم في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه الحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

فصل في أحكام الحائض المائيل لما ذكرنا أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرعا في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائض المائيل وكان من حقها أن تؤثر عن مسائل جميع

المدعى الآن الحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لأن المنطوق هو الاباحة ألا يرى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فانه ما حينئذ يحتاج الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيمة بشرط السلامة وأما المذکور في الكتاب فهو اباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المنطوق ليس مطلقا بالاباحة بل الاباحة المقيدة بالمعللة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس المسجد) أقول هذا دليل عرفي

خوف خلل النفس وقوله (رتكها لها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق يدحق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان سائلك هذا اخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صيبا او امرا اذ ان مال الى طريقة هم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار او سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفرغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طواب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا ماسة شرط هو متعدي فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كاقبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشغل دواعي طريق المسلمين بملكه ورفعته في يده فاذا تقدم اليه وطواب بنقضه يجب عليه اذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره بصيرته متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طواب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلالا الثوب قبل الطلب ولا نال في نوب عليه الضمان بمنع عن التفرغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيمنع ضررون به ويدفع الضرر العام من الواجب وله تعليق بالحائط فيتعين ادفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل ادفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس يجب الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جنابة دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاحتياط به وما تلف به من الاموال كالذواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لاني عدم التعدي قال (ولو بني الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراج الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل واحد امرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترتيب في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوى ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كافة شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا لا كان او امرأ أو حرا كان او مكرها ويصح التقدم اليه عند الساطان وغيره لانه مطالبة بالتفرغ فيتمرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ماشغل الدار فكذا بازالة ماشغل هواها ولو اجد صاحب الدار ابرأ منها او فعل ذلك ساكنا فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من شهد عليه حيث لا يصح لان الحق للجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما شهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجنابة تترك اليه مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراج الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم يفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو شهد عليه بعد شرائه فهو ضمان لتركه التفرغ مع تمكنه بعد ما طوب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمترين والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوضي والى أبي اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات

الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لماسب الجرح من والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل ان يقول ينقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم الى أحد الزورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

ففسل في الحائط المسائل (قوله مسلما كان أو ذميا أو صيبا) أقول أي ما دوننا أو عيدا كذلك قال والضمان المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه

وقوله (لان فعل هو لاء كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذ بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بأن التقدم اليهم اجعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايتهم جارية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهم ما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصى اذا ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقص دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤنة النقص وبناءه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (في عتق العبد) يعنى يباع فيه كإيساع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرفائه ينفك الجبر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجنابة على النفس كالحجور عليه لان فك الجبر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان المالك في الدار للمولى رقة وتصرفا والعبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار بيده أذن له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٣ و ٣٤) تقدم ما الى المولى من وجه وتقدم ما الى

العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الجبر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرفائه كما هو وقوله (ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو وأن لا يضمن أحد منهم شيئا أما

والضمان في مال اليتيم لان فعل هو لاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان ما لا فهو في عتق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجهه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائض وحده تمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فقتل بالقتل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقص ضمنه) لان التفريغ اليه اذا النقص ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقص

ما ذكره هناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئا أما الذي تقدم اليه فلم يضمنه من النقص وأما غيره من الورثة فلم يضمنه التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا فيما سيجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يمينه منه وحده أو مع مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا وأحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتفاء (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تالف بالحائط المائل ان كان من

الذي تقدم اليه فلم يضمنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مفيدا وأما غيره من الورثة فلم يضمنه التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب أن الاشهاد على جماعةهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القتل الثاني (لان التفريغ عنه) أى القتل الاول برفعه مفقوض الى أولياءه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهم ما بين ما اذا وقع الجناح في الطريق فقتل انسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتل ومات فان دية القتلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح في نفسه جنابة وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يهلك تفرغ الطريق عنه بخلاف المسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجنابة وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به حائما لكن جعل كالفاعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقص لافي حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لافي حق القتل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقص وقد ذكر في الكتاب واضحا

(قوله فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصى على النقص لان عدمه انظر قلنا المراد هو الا نظر به من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) يعني الجرد بسقوط الحائط يشبر الى أنه لو وقعت الجرد وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعقى المقدر يعني في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعقى كما في قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلال وإذا كان كذلك يضاف الى ذلك الأصل يعني أن الجزء

(٣٤٤)

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفرغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمه) لان التفرغ يغى الى ملكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا من خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا وحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطبه انسان فعليه ثلث الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه مدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر والعقى المقدر لان أصل ذلك ليس بعلقة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلال وإذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربعين بقتل المالك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الآن عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن

النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لافي ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فمكون الضمان في مال اليتيم انما به صور في تلف الاموال لافي تلف النفوس فمما عني الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه مدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فضل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الاول فكان قاصر في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبله ما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة فاكتفى بذلك ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام عام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحده بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليق لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولاشك في تقدم الانسان

العلقة الواحدة ثم تقسم على أربعين بقتل المالك (ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فتركوا الاشهاد في حق الباقيين لايزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا يخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحقق في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الان عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم

الاولوية) يضاف اليه وإذا أضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فمعمل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبرا أحدهما واحدا والاخر والله تعالى أعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها أعقب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان (قوله أي فعلى كل واحد منهم من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحدا من جمع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما وطمئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يطاء محذوفين وتقديره أوطأت الدابة بيدها أو رجلها إنسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة والكدم العض بتقديم الإنسان والخطب الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشيء بجسده ومنه اصطدم الفارس إن أذا ضرب أحد ههما الآخر بنفسه ويقال نفخت الدابة الشيء إذا ضربته بجدها فهاو أعلم أن جنابة الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فإن كانت في ملك صاحبها لملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متناضلا فإما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطمئت بيدها أو برجلها أو نفخت أو كدمت وإن كان الأول فإما أن يكون سائرا أو قائدا وإما أن يكون راكبا عليها أو لا فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفسها أو لا لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن إذا كان متعديا ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه وإن كان الثاني وهو يسيّر فإن وطمئت بيدها أو برجلها ضمن وإن كدمت أو نفخت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن في الوجوه الأولى صاحب الدابة مباشر للاتلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصالا بالمتلف فكانهما وطمئا جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن وفي الثاني متسبب غير متعدوان كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما أن أدخلها (٣٤٥) صاحبها فيه أولا فإن كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال

لأنه ليس بتسبب ولا مباشر وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائرا أو قائدا أو لا واقفة أو سائرة لأن صاحبها إما مباشر أو متسبب متعدي أو ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذنه وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان مانلف في الوجوه كلها لأنه بالإيقاف متسبب متعدي

لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو برجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ولا يضمن مانفخت برجلها أو ذنبها

على البهيمية رتبة فكذا ذكرنا كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جنابة الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا مقدم على البهيمية رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكر فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في إفادة حقيق المقام وقال في غايه البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بهد باب جنابة المملوك لفصله انطوى في المملوك ولكن لما كانت البهيمية ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب باب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح ونحو ذلك أه أقول يرد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا باب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرحية المذكورة لما ذكر مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن مانفخت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفخت الدابة شيئا إذا ضربته بجدها فهاو وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحب الكناية ومعراج الدراية أقول

(٣٤٦ - تكمله ثامن) أليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه وإن كانت سائرة فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن فإن لم يكن فإما أن سارت بارساله أو انفطمت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت ما لم يتحول عن جهة الإرسال عنة أو يسره لأن إرسالها بالإيقاف سبب للاتلاف وهو فيه متعدوان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكبا كان أو سائرا أو قائدا إلا النفخة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعدي والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة إلى قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه لأن هذا الجواب إن استقام في قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر الأصل الذي ينبغي عليه هذه الفروع

باب جنابة البهيمية والجنابة عليها

(قوله ذكر جنابة البهيمية والجنابة عليها الخ) أقول فإن قيل ما ذكر في هذا الباب جنابة إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقفته قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وأدرا كاصح إضافة الجنابة إليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة كما في الجناني والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يطاء محذوفين) أقول القائل هو الثاني (قوله وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول هذا إذا أوقفها الغير المول والروث (قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما إذا كان الراكب في الطريق عما ذكره المصنف في معرض التعليل

وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركا بين كل الناس فلهذا لا يباح مقيد بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم أغايت مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد باب وهو مفتوح والاحتراز عن الإبطاء وما يضايقه ممكن فانه ليس من ضرورات التيسير فقيدها بشرط السلامة عنه والنفقة بالرجل والذنب ليس يمكن الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فإن أوقفها في الطريق ضمن النفقة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفقة فصار متعديا إلى الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وإن أصابت يدها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو أثارت غبارا أو جرحا صغيرا ففقه أعين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعري عنه وفي الثاني يمكن لأنه ينقل عن السير عادة وإنما ذلك بتعنيف الركب والمرتد فيمأذ كرنا كراكب لأن المعنى لا يختلف قال (فإن رأت أو قالت في الطريق وهي تسير فغضب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكن الاحتراز عنه (وكذا إذا أوقفها ذلك) لأن من الدواب ما لا ينفعل ذلك الإيقاف وإن أوقفها الغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدي في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها)

كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفقته الدابة ضربته بجرحها وأما كون المذكور في الصباح كذلك فممنوع إذ لم يعتبر فيه كونه الضرب بجرحها بل قال فيه ونفقت الناقة ضربت رجلها ثم أقول بقى اشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفقة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفقت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضي أن تكون النفقة بالذنب أيضا بل يضمن ما نفقت برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفقة لا يقال ذلك بالرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لا نأقول اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتأني بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفقة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها أو رجلها) هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفقة وقال صاحب النهاية في شرحه أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال إنما فسر به هذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وإنما الاختلاف في النفقة ولو لم يفسر به هذا كان للأول أن يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اهـ واقتنى أثره كثير من الشراح منهم صاحب النهاية أقول فيه خلل أما أولا فلا ينافي الظاهر من قوله هم أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يدها أو بالاصابة برجلها كليهما هو النفقة وليس كذلك إذ لا يطلق على الاصابة باليد النفقة وإنما يطلق عليها الخبط إذا ضربت باليد ولو سلم إطلاق النفقة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدي هنا إذا لفرق بين الرطبة باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بالاختلاف أحد فلا معنى لأن يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانيا فلا أن القدوري لم يذ كر الخلاف في مسألة السائق أصلا حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها هو الوطء أثبات الاختلاف في الوطء وإنما الذي بين الخلاف

وقوله (والمراد النفقة) أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وانما فسر بذلك لثلايته وهم ان المراد به الوطء فانه يوجب النكاح على السائق والقائد بخلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بابعاد الدابة عن التلف أو بابعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله (ما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام لرجل جبار) معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعهناه النفقة بالرجل لان الوطء منه من بالاجتماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعى (٧ و ٣) رحمه الله لان فعله مضاف اليهم يعنى ان

ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهناك تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفقة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والنجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة

والمراد النفقة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدرى في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفقة يمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفقة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لا مكانه كبحها بالجمامها وبها فيانطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى يضمنون النفقة كالم لان فعله مضاف اليهم والنجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعهناه النفقة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كفى المكروه وهذا تخويف بالضرب قال (وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهم ماسيون بمباشرتهم مباشرت التلف وهو قريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا ان على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو رجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آله وهما مسبيان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكللى وبينان الكفارة وقوله (لما ذكرناه) اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعنى أن كل واحد منهما بانفراده عامل

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدرى بالنفقة لامنشأ هذا التفسير كما يوجهه كلامهم ثم أقول الحق عندي ان معنى قول المصنف والمراد النفقة هو ان مراد القدرى بقوله أو رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفقة وانه انما فسر بذلك ليمتد قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بخلاف أحد (قوله ووجهه أن النفقة يمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته يدها أيضا فينبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفقة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان في يدها من اللجام فلا يمكنه التحرز

في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب أو جب ضمان ما تلفت بلوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليه مانصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذى هو مباشر وتذكر تخصيص العمل ومخلصه فانه من مظانه

(قوله وقوله لما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد باب حتى يتم جوابا ووجه الشافعى في الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى راكبها تكون النفقة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوي ما ذكره بقوله والنجة عليه ما ذكرناه) أقول جواب بطريق المعارضة

وقال (إذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر منه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصوصاً بالذكر وما ذكره زفر والشافعي رحمه الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله عنه أن الربيعين فتعارضت روايتاه فبحثنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليه لأن كل ذلك سبب الضمان) تقول قال الزيلعي لا يرى أن محمدًا ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر أناساً فخص المأمور والدابة ووطئت أناساً كان الضمان عليهم فاشترى كل في الضمان والناخس سائق والآخر راكب فبين هذا أنهم ما يتوهمان والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشرة إذا كان السبب لا يعمل بأفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالتقاء بأن الحفر لا يعمل بدون الالتقاء وما إذا كان السبب يعمل بأفراده فيشتري كان وحده آمنه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا الالتقاء وعند (٨٤٣) الالتقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كمسألة السفينة إذ كل واحد منهما لا يعمل بأفراده وفيما نحن فيه

وقيل الضمان عليه لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهم مادية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة ألم نفسه وصاحبه فيه نصفه و يعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جرحاً أو حراً على قارعة الطريق بترافهم أو عليهم ما يجب على كل واحد منهما ما نصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف إلى الفعل صاحب له لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كما لا شيء إذا لم يعلم بالبر وقوع فيه إلا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتأثم إذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الدية فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

وقيل الضمان عليه لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهم مادية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة ألم نفسه وصاحبه فيه نصفه و يعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جرحاً أو حراً على قارعة الطريق بترافهم أو عليهم ما يجب على كل واحد منهما ما نصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف إلى الفعل صاحب له لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كما لا شيء إذا لم يعلم بالبر وقوع فيه إلا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتأثم إذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الدية فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

عما أصابت بيدها أيضاً فينبغي أن لا يضمنه أيضاً فليتأمل في الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذنا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصوصاً بالذكور اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقاً أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول يجب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيراً فإن الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا ينبغي أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الدية فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه) قال في العناية أخذنا من

الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصوصاً بالذكور) أقول هذا ولعل الأولى أن يقال إنما خصهما بالذكور لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضاً ترجع جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت وجهتا الترجيح والثاني أن ما ذكره من قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحاً والجواب عن الأول أن ما ذكره من نقوض بالواقع في البر عيشه فيكون فاسداً وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فإن قبل القياس لا يصلح مرجحاً لأنه علة ثبت به الحكم والترجح إنما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتدققنا فبحثنا قولنا بما ذكرناه من الدليل أو نقول القياس إنما يكون علة عند عدم النص فأمّا عند وجود النص فلا يصلح علة وهذا النص موجود فإذا لم يصير علة يصح به الترجيح أو نقول ما روي أنه أوجب النصف فمحمول على ما إذا كانا معادين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في الممد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ما ذكره من نقوض بالواقع في البئر يشبه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المسدودة في جهتها وما ذكره لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهم انصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشئ مباح (٣٤٩) محض فلم ينقد مقدم وجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان

صاحبه قاتله من غير معارضة أحد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشى جميعا لكن لما كان المشى مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا أنه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله (فأخذها) أي قيمة العمد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا ويجب

هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ولو كانا عبدین يهدر الدم في الخطا لان الجنابة تعلقت برقبته دفعاً أو قد فاتت لا الى خائف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا في الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فبأخذها ورثة المقتول الحر وبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادي حتى نفد أخلف بدلا بهذا القدر فبأخذها ورثة الحر المقتول وبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قد مر أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كالاجام وشحوم وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كافي المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطأ فان وطئ بعير انسا ناضم به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعد بالانقصير فيه والتسبب بوصف التعدى سبب للضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان فائدوا احد فائد للكل وكذا سائقة لا اتصال الأزمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسلها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بها هو وخطئه وبضمنان ماتا فبما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لان قصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدماه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره من نقوض بالواقع في البئر يشبه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعا ألا يرى الى ما تقر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضوا تساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في اصرأة قطعت يدرجل خطا فتر وجهها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالسئل والباقي واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كافي المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فألفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم ربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد
 وشئ المر بوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية نعم كان تحمزه عن ربط الغنم فاذا ترك ذلك صار متبهما متعبا والدية في مثل ما على
 الا اذلة كفى القتل الخطا ثم رجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرباط لانه هو الذي أوقعهم في هذه العيدة كذا في الجامع
 الصغير ووقع في رواية المبسوط فمن القائد ثم رجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحمدي رحمه الله بينهم بالدية اعتبر في
 المبسوط مستقيمة الضمان (٣٥٠) فانه في الحقيقة على القائد والرباط الا ان العواقل تعقل عنهم ما واعتبر في الجامع

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار ولما تد لا يعلم فوطى المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية)
 لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعبا وفي التسبب الدية على العاقلة كفى
 القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرباط) لانه هو الذي أوقعهم في هذه العيدة وانما لا يجب
 الضمان عليهم ما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لا اتصال
 التلف بالقود دون الربط قالوا هذه اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة فاذ لم يعلم به لا يمكنه
 التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرباط أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده ضمنها القائد لانه قاده
 بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بماله على عاقلة قال (ومن أرسل طيرا وساقه فأصاب في
 فور لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود
 السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائق لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائق فاقطع
 الصيد وقطعه حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى
 غير هادها هو الحقيقة الا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضاف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا
 طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف انه أوجب الضمان في هذا كله
 احتياطا بصيانة لاموال الناس قال رضى الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين
 فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت عنه أو
 يسرا انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت
 بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم يمكنه من
 الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال

الصغير حال الضمان وقراره
 وهو على العاقلة وان كان
 الاول لم يرجع لان القائد
 حين علم بالربط فقد رضى
 بما يلحقه من الضمان فلا
 يرجعون عليهم بشئ ولم
 يذكروا ظهوره وقوله
 (وانما لا يجب الضمان
 عليهما ابتداء) ظاهر
 وقوله (قالوا) يعني أن
 لفظ الجامع الصغير غير
 متعرض للسير والوقوف
 والمشايخ رحمهم الله قالوا
 هذا أى رجوع عاقلة
 القائد على عاقلة الرباط
 اذا ربط والقطار يسير
 أما اذا ربط والابل قيام ثم
 قاده فانه يضمنها القائد
 بل رجوع على أحد
 والوجه ما ذكره في الكتاب
 وقوله (ومن أرسل
 بهيمة) يريد كلبا لقوله
 بعده وكذا لو أرسل كلبا
 ومعنى سوقه اياه ان يمشي
 خلفه (ولو أرسل طيرا)
 أى بازيا وساقه فأصاب
 في فور به أن قتل صيدا
 مما لو كان يضمن المرسل
 السابق لعدم اعتبار

في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فرجنا بما ذكرنا اننا رجنا قولنا بما ذكرناه من
 المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا اننا رجنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل
 العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن ما ذكره زفر
 والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضى الله عنه
 وتساقتا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم أن يكون
 ما قلناه جواب القياس أيضا فقامت على قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر
 في النص بل قد يكون بالنص كفى السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كفى
 الاستصناع وقد يكون بالضرورة كفى طهارة الحيض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر
 كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم ههنا ما قلناه جواب الاستحسان

السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شئ
 وقوله (انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه) أى سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الحاجة ماء أو وحل فيشئذ لا ينقطع
 حكم الارسال كالماء لم ينقطع عنه ويسره وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أى ينقطع حكم الارسال وقوله (وهذه) أى وقفة الدابة تنافي
 مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف
 (قوله بأن كان على الحاجة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وختلاف) مع شرف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمه يختلف لحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسلين كما بين بقره
بغيره ما اذا وقعت الفرق بين الرفقتين وقوله (على قوره) اى ذورا الارسال وغيره ان لا تخيل عينا ولا شاعلا وقوله لما سر (شارة الى
قوة انقطع حكم الارسال وقوله (قال شجره الله هي المنفعة) اى العجاء (٣٥١) التى أخذها النبي صلى الله عليه وسلم فمناه اشى
المنفعة لا التى أرسلت فان

وختلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسا أو ما لا فى قوره لا يضمه من أرسله وفى الارسال فى
الشرى يضمه لان شغل الطريق تعدد فيضم ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فباح ولا تسبب
لا يوصف التعدى قال (ولو أرسل به حجة فأفسدت زرعاً على قوره ضمن المرسل وان ماتت عينا أو شاعلا
وله طريق آخر لا يضم لما سر ولو انقضت الدابة فأصاب ما له أو آدمي اليه أو من اراد ضمان على صاحبها)
لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار وقال شجره الله هي المنفعة ولان الفعل غير مضاف
اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عيها فاقصها) مانقصها
لان المقصود منها هو اللحم فملا يعتبر الا نقصان (وفى عين بقره الجزر وجزر وره ربع القيمة وكذا فى
عين الجمار والبغل والفرس) وقال الشافعى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة

هو القياس الذى فى المقابل للقياس الجلى فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فباح) قال بعض
الفضلاء نعم الا أنه لم لا يكن مقيدا بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رجه الله
ولا تسبب الا يوصف التعدى فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو وفيما وجد
فيه التعدى كفى المرور فى طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذى هو حق العامة وأما
فما لا يوجد فيه التعدى كفى الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان
فى أمثال ذلك انما يتصور بالنسيب ولا تسبب الا يوصف التعدى وحيث لم يوجد التعدى لم يتصور
النسيب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة فى الطريق وبين ارسال الكلب أو
البازى للاصطياد فى الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة فى الطريق اذا لم يتبع مع الدابة
وأمكنه الاتباع تعدد من صاحبه فاقول له منه يكون مضمونا عليه وأما ارسال الكلب أو البازى من غير
اتباع معه فليس بمضمونه لانه لا يمكنه الاتباع والنسيب فى الاتلاف لا يضم الا اذا كان متعديا اه
تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهى
السوق والقود والركوب كذا فى عامة الشروح وقال فى النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان
من حق القبط أن يقول من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ
السوق أو القود لما كان اختلا لا بالارسال كان الاختلا أيضا ولا يلزم جعل بعض أسباب
التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ
لانها ليس هنام مؤث معنوى خوفا فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما
قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق القبط أن يؤتى بأداة التأنيث البتة حتى يقال ليس هنام مؤث
معنوى يقتضى الاتيان بأداة التأنيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدى فى قرن واحد من
التذكير والتأنيث بأن يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال واخواتها ولا يلزم جعل بعضها
مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك للاشكالية ثم أقول
الوجه فى دفع ذلك أن يقال لما جازت ذكرا كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما فى ظاهر لفظ كل واحد
منها وفى معناه من التذكير وجازت أنثى كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل

والركوب ففيه ربع القيمة كفى الذى لا يتر كل لجه كالبعل والجمار وقال الشافعى رجه الله فيه النقصان واعتبارا بالشاة عمل بالظاهر
قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال
واخواتها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل النسبة اذ ليس المراد بالارسال واخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والركوب)
أقول البقر ما غلفت بالركوب والجل الا أن يقال لا قائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك
فترك القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في
غيره كقول من الجمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ما كوله اللحم فيلحق به وقوله (ولأن فيه مقاصد سوى اللحم) دليل
معقول على ذلك وهو واضح وفيه (٣٥٣) إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها اللحم وفقه العين لا يقوته بل

ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
ولأن فيه مقاصد سوى اللحم كالجل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الأدمي وقد
عسك لاد كل في هذا الوجه تشبهه لما كولات فعملنا بالشبهين تشبه الأدمي في إيجاب الربع وبالشبه
الأخر في نفي النصف ولأنه انما يمكن إقامة العمل به بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنهما
ذات أعين أربعة فيجب الربع بقوات أحدهما قال (ومن سار على دابة في الطريق فضر به رجل
أو نخسها فتفتت رجلا أو ضر به بيدها أو نفرت فصدته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب)
هو الماروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس
فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده

صح في كل واحد منهما الوجهان ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين
المتضادين كما في قوله تعالى ولا يحكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنت بعضها
فقال من الإرسال وأخواته تدبر تفق (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين
الدابة بربع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غيره كقول من الجمل والركوب والزينة والجمال
والعمل موجود في ما كوله اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظرا لما منع أن يمنع المعنى الذي
أوجب ذلك في غيره ما كوله اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها الجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا
كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في ما كوله اللحم إذ قد يقصد
منه اللحم كما يقصد تلك الأمور المذكورة أيضا فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى (قوله ولأن فيه مقاصد سوى
اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلا نفي لهذا الدليل لا يتمشى في غيره ما كوله اللحم كالجمار والبغل
والفرس بل هو بحكم أنه كاسه يقتضي أن يكون الجواب في غيره ما كوله اللحم غير الجواب في ما كوله
اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وان كلامهم ما داخل في المدعى هنا وأما ثانيا فلا نفي قوله تشبه الأدمي
في إيجاب الربع يعني عملنا تشبه الأدمي في إيجاب الربع ليس بواضح لأن تشبه الأدمي لا يقتضي إيجاب
الربع بل يقتضي إيجاب النصف لأن الواجب في الأدمي في الجنابة المبرورة هو النصف وانما المقضي
لا إيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقضي لا إيجاب الربع تشبه الأدمي فقط لما احتج
إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الأداء أن يقال فعملنا بالشبهين تشبه الأدمي في إيجاب
المقدور من غير اعتبار نقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الأدمي فوجب الربع
عملنا بهما وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فأشبهه الإنسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب
تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملنا بهما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارة
لأنه أسعده كما ترى (قوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه
كأنه فعله بيده) أقول برده عليه ما ذكره فيما حرق في مسألة السابق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

هو عيب يسير فيلزم نقصان
المال به وقوله (ولأنه انما
يمكن إقامة العمل بهما) دليل
آخر وهو أيضا واضح لكن
الاعتماد على الأول ألا ترى
أن العينين لا يضمnan بنصف
القيمة كذا قاله غير الإسلام
رحم الله وانما قال ذلك لأن
المعول به في هذا الباب
النص وهو وروى في عين
واحدة فيقتصر عليه وقوله
(أو نخسها) يعني بغير إذن
الراكب والنخس هو الطعن
ومنه نخس الدواب دلالتها
فان قيل القياس يقتضي
أن يكون الضمان على
الراكب لكونه مباشرا وان
لم يكن متعديا لأن التعدي
ليس من شرطه فان لم
يختص به فلا أقل من الشركة
فالجواب أن القياس يترك
بالأثر وفيه أثر عمر وابن
مسعود رضي الله عنهما وقد
أشار المصنف رحمه الله إلى
الجواب بقوله ولأن الراكب
والمركب مدفوعان بدفع
الناحس لأن فعل الراكب
قد انتقل إلى الدابة لأن
الثبته المهلكة انما كانت
منها فكان مضطرا في حركته

(قوله والجمال والعمل)

موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا)
أقول ممنوع بل سبب هنا يجوز أن يقال أشار إلى هذا الشارع بقوله ان فرض مباشرة قال المصنف (فأضيف فعل الدابة إليه
كأنه فعله بيده) أقول مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانه قال الفعل يتخوف القتل كما في المكره وهذا يتخوف
بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لكونه الحامل لها على ذلك المجتاف كان الناحس بمنزلة الدافع للذابة والراكب معاً على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشر او لا التسبب أيضاً لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفخة أو وجبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق أيضاً عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن فلو نخص وهو ما اذون كان سائقاً وما كان التحرز انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعدي فلا يعتبر وقوله (ولان الناحس متعدي في تسببه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبراً لكونه

مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التقرير للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقوداً لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولهل معناه اعتبر موجبا في التفرير لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة السبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعدي في تسببه وليس بشيء فتأمل وقوله (والواقف

ولان الناحس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي ترجح جانبه في التفرير للتعدي حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين لانه متعدي في الايقاف أيضاً قال (وان نفخت الناحس كان دمه هـ درا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القتل الراكب فقتله كان ديتة على عاقلة الناحس) لانه متعدي في تسببه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنحسه على رجل أو ووطئته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين لان التلف حصل بنقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناحس فيجب الضمان عليهما وان نخصها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخصها ولا ضمان عليه في نفخته لانه امره بما يملكه اذا نخص في معنى السوق فصيح امره به وانتقل اليه لمعنى الأمر

وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب ووجه الورود غير خاف على القطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناحس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي) في ترجح جانبه في التفرير للتعدي قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبراً لكونه مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التفرير للتعدي اه كلامه أقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من التردد ومنع كون الراكب مباشراً فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبراً فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافياً لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبراً لكونه مدفوعاً بدفع الناحس فيتدافعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والاخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخصها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخصها ولا ضمان عليه في نفخته لانه امره بما يملكه اذا نخص في معنى السوق فصيح امره به وانتقل اليه لمعنى الأمر) أقول نقائل أن يقول هب أن الناحس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فأمر الناحس به لكن الأمر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجي التصرح به في المسئلة الآتية فن حيث انه اتلاف ينبغى أن يقتصر على الناحس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناحس الضمان

(٤٥ - تسكمه ثامن) في ملكه والذي يسير في ذلك سواء (يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وقد بطلت له احترازاً عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتصرف الضمان هناك على عاقلة ما وقوله (والثاني) أي الوطء) مضاف الى الناحس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما ووطئته الدابة وهذه رواية ابن سميعة عن أبي يوسف رحمهم الله

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطاً له نفسه بل لاعتبار في التفرير في قول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشيء فتأمل) أقول لو ورد النظر المذكور أنفا

وقوله (مضاف اليهما) أى الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما أى الى النخسة وقوله (ولا يتناول من حيث انه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أى على الناحس لان الراكب أذن له بالسوق لا بالابطاء والاتلاف وقوله (والركوب وان كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك (ع ٥ ٣) بمنزلة نعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناحس والناخس صاحب شرط في حق فعل

الوطء والاضافة الى العلة أولى ووجهه أن الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبه لا يرجع صاحب العلة كمن يرجع انسابا فوق في يترحفرها غيره على قارة الطريق ومات فالدية عليهم ما لم أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الابطاء لانه فاعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما آراه لانه لم يأمره بالابطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيبا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الأمر لانه أمره بالسيير والابطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله سلافا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ثم الناحس انما يضمن اذا كان الابطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاده دابة فتحسبها رجلا فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناحس وكذا اذا كان لها سائق فتحسبها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صديقا في ماله لانهم ما مؤخذان بأفعالهما (ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنقتل انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لانه متعلق بشغل الطريق فأضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله اعلم

الوطء والاضافة الى العلة أولى ووجهه أن الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبه لا يرجع صاحب العلة كمن يرجع انسابا فوق في يترحفرها غيره على قارة الطريق ومات فالدية عليهم ما لم أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الابطاء لانه فاعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما آراه لانه لم يأمره بالابطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيبا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الأمر لانه أمره بالسيير والابطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله سلافا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ثم الناحس انما يضمن اذا كان الابطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاده دابة فتحسبها رجلا فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناحس وكذا اذا كان لها سائق فتحسبها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صديقا في ماله لانهم ما مؤخذان بأفعالهما (ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنقتل انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لانه متعلق بشغل الطريق فأضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله اعلم

لتعديده في الاتلاف كما في المسئلة الاتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناحس بأذن الراكب فالدية عليهم ما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بنقله وثقل الدابة جميعا كما صرح جوابه والناخس مسبب كما مر في الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرح جوابه سيما في مسألة الراكب والسائق فبالله هم خرموا هنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بجوب الدية عليهم ما جميعا عاقلة مدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناول من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أى يقتصر الضمان على الناحس أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حثية كون فعل الناحس اتلافاً أن يكون الناحس متعديا بكونه مسببا لجنابة الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناحس وقد وجب في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا أقل من ان يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناحس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فن هذا الوجه يقتصر عليه أى فن هذا الوجه يقتصر فعل الناحس وهو النخس على الناحس أى لا ينتقل الى الآخر وهو الراكب كما ينفصل اليه من وجه آخر وهو حثية كونه سوقا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوى الافهام (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله

وقوله اجبار وقوله (والناخس اذا كان عبدا) يعنى ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدى وبالباقى ظاهرا الى آخره والله أعلم

ينوع تأويل أو وصفه على مذهب الكسائي (قوله يعنى ونخس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولا أو يدفعه على ما صرح جوابه اذا كان النخس بأذن الراكب قال العلامة الكاكي الآن المولى يرجع على الأمر بالاقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة واذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اه

(باب

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة (٥٥) المملوك وهو العبد وأخره لا يخطأ

رتبه عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ) اعلم أن التقيد بالخطأ هنا قيد في الجنابة في النفس لانه اذا كان عدا يجب القصاص وأما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله (قيل لمولاه ما تدفعه بها أو تفديه) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يرى المجنى عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقد بينا انه يستأنى في جنابة الحر لان موجبها يختلف بالسرية وعدمها والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق وعندنا

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ قبل مولاه ما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي جنابته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فانضمن في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بجنابه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجهه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبته العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو ما ان كانت من الدابة نفقة أو ووطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبدا الغير فنخس دابته ففقت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الامر عبدا كان المأمورا وحرا وان وطئت في فورها ذلك انسا نافقتة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الامر بالاقبل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار عاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اه تأمل

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخره لا يخطأ رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في التمرح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب قالنا نطهر أن يقال لما فرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه تعاقب المملوك البتة من جانب آخره لا يخطأ رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك اه أقول فيه ايضا شئ اذا قائل أن يقول ان اراد ان جنابة البهيمه كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنابته بطريق النفقة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحدهم والالوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في باهم وكذا الحال فيما اذا أصابت يدها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو أنارت غبارا أو حجر اصغراف فقتل عين انسان أو فسدت ثوبه وكذا اذا انفلتت فأصابت مالا أو آدمي باللا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان اراد ان جنابته قد تكون باعتبار أحدهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فصل البهيمه ضمان على أحد بل يكون فعلها هدراما لا يترتب عليه حكم

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما وروى عن علي رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أم والهم بغيره بيننا بينهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كما في الدين فإن الدين في ذمته يكون ذمته المالية رقبته ببيع فيه (٣٥٦) الآن يقضى المولى ذمته كذلك ضمان الجناية وكذا في الجناية على المال وفي بعض النسخ

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على الملتف لانه هو الجاني إلا أن العاقلة تحصل عنه ولا عاقلة له بل لأن العقل عندى بالقراءة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته ببيع فيه كما في الجناية على المال ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن يتباعد عن الجاني بخبر راعن استئصاله والابتفاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة

من أحكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقریب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبه وعن عمر وعلى رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنهما كاهو مذهبه وعن عمر وعلى رضي الله عنهما كاهو مذهبه ما فانهم ما قالوا عبيد الناس أموالهم وجنائهم في قيمتهم أي أثمانهم وقال في غاية البيان روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنائهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثل مذهبه وقال في معراج الدراية روى عن علي رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائهم في رقاب الناس كذهبننا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبه كما ترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال وإنما جناح الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن علي وعبد الله بن عباس مثل مذهبه ما يحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهم ما من أحد منهم فيكون اجبا عما منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم (قوله ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ أن يتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية فيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فنأين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذينا الفرق بينهما ما بقى أصله بلا أصل فبطل وقدين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال في ذمته وأما المستند إلى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس بمقتضى على أصل يبطل بإبداء الفارق على أن قوله أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على الملتف والمولى يبطل أيضا بقوله الأصل ذلك في موجب الجناية العبد وأن الخطأ الأول مسلم ولا يفده أدالكلام في الخطأ الثاني عن النزاع وقوله (لانه هو الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائته على نفسه لانه الملتف فهو مصدر على المطالب

كما في الشيء يعني اذا فصل الذي رجلا خطأ تجب ذمته في ذمته لا على عاقلة كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فنأين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله جعل موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال ونحن اذينا الفرق بينهما ما بقى أصله بلا أصل فبطل وقدين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال في ذمته وأما المستند إلى النص الذي

لا يعقل ابطاله ليس بمقتضى على أصل يبطل بإبداء الفارق على أن قوله أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على الملتف والمولى يبطل أيضا بقوله الأصل ذلك في موجب الجناية العبد وأن الخطأ الأول مسلم ولا يفده أدالكلام في الخطأ الثاني عن النزاع وقوله (لانه هو الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائته على نفسه لانه الملتف فهو مصدر على المطالب (قوله فعن ابن عباس مثل مذهبه قال اذا جنى العبد) أقول يعني قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ (قوله وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند إلى النص الذي لا يعقل ابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبيد الحديث

وقوله (الأنه يخبر) استثناء من قوله والمولى عاقلة جواب عما يقال لو كان المولى
ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقب كثرة الظاهر
لا يوجب الإخفاف وأما ههنا فالمولى واحد فأنظره راد فيه بآيات الخيارات وقوله (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب
الجنابة في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحراج الجاني إذا مات (٣٥٧) فان العقل لا يسقط عن عاقلة

وجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع وان كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب ولذلك أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لقوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها الترمذي رحمه الله أن الدية هو الأصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمه الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الارش على المولى وله الخلف بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحراجاني) جواب عما يذكره ههنا مستشهدا به كذا ذكرناه آنفا ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحراستين فصار

والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصر حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخبر بين الدفع والفداء لانه واحد وفي آيات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحراجي الواجب لا يتعلق بالحراستين فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه وفي الجنابة وان فداءه فداءه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلا في التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته وجوب الجنابة على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بالأصل بل مدار عليه على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته وجوب الجنابة على المال في ذمته في ذيل دليله مجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كانه تقرير المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بالأصل كما لا يخفى وأما ثانيا فلا في الشافعي أن يقول أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعديل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف إلى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقتلنا هي أهل النصر وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتملنا هنا بما جعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس بخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اه وقال صاحب التسهيل يشكك هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعاقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعاليل على مذهبه اه وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذنا من التسهيل كما هو حاله في أكثر إراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا لفظة العاقلة انما أطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتزقون من ديوانه على حدة اه وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الأب الذين يهبطون دية من قتله خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اه إلى غير ذلك من المعبرات فاذا تقررت هذان آيتين ان المراد بما في الحديث ان العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنهم تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فان دفعه ملكه وفي الجنابة) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجنى عليه (وان فداءه فداءه بارش الجنابة) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلا ان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل شرع للحصول ترفها وتحصيل الحاضر باطل

قال المصنف (والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به) أقول ليس بخالف ما قلنا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (قوله والقسمه على وجه لا يورث الإخفاف) أقول الظاهر أن يقال لا يؤثر الإخفاف

وأما الفداء فلا بد من جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فية وم مقامه
و يأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وايهما اختاره وقعه لاشئ لولى الجناية غيره) أما الدفع فلان
حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلا بد لاحق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم
العبد له فان لم يختبر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لقوات محل حقه

التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا اجنى
على الحر لا تعقله العاقلة أى الجماعة بل يغرّم مولاه جناية به فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلة من
قبيل النسيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلة لان العبد يتنصر به كما يستنصر الحر بعاقلة يرشد اليه
قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا
بجناية العبد عنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقبهم فكذلك لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اه
فلا يخالف ما ذكرناه حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا ولا يشك كل هذا على مذهب أئمتنا من ان
العبد اذا اجنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلا بد من جعل بدلا عن العبد في
الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فية قوم مقامه و يأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل)
قال في العنابة قبل كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا يرى ان المال قد يقع بدلا
عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار ما لا يتعلق به وكذلك
التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة
الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضى كون الفداء
كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضى كونه كذلك أى كسائر
الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول
والاجل فتخرج جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان
لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه
ان كانت أمر الازما أو باختيار ترفع السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير
باقى المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركا جذا وان لم تكن أمر الازما ولا باختيار كيف يتم
ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العنابة ويجوز أن يقال الاصل أن لا يفارق الفرع
الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية
والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه
به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الخلق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن
فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به اه أقول فيه بحث اذ كان
حاصل السؤال ان كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب
بقوله الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية وان الاصل أن لا يفارقه في الحكم الا بامور
ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير
الا بامور ضرورية اذا الظاهر أن معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور
ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة
مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول
فلا يتم التقريب فتأمل تفهّم (قوله وأما الفداء فلا بد لاحق له الا الارش) أقول فيه اشكال سيما

الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم
الاتحاد في الحكم ألا ترى
أن المال قد يقع بدلا عن
القصاص ولم يتحد في
الحكم فان القصاص لا يتعلق
به حق الموصى له واذا صار
ما لا يتعلق به وكذلك التيمم
بدل عن الوضوء والنية من
شرطه دون الاصل وغير
ذلك وأجيب بأن الفداء لما
وجب بمقابلة الجناية في
النفس أو العضو أشبه
الدية والارش وهما يثبتان
مؤجلا وذلك يقتضى
كون الفداء كذلك ولما
اختاره المولى كان دينيا في
ذمته كسائر الديون وذلك
يقتضى كونه كذلك أى
كسائر الديون حالا لان الاجل
في الديون عارض ولهذا
لا يثبت الا بالشرط كما تقدم
فتعارض جانب الحلول
والاجل فتخرج جانب
الحلول بكونه فرع أصل
حال موافقة بين الاصل
وفرعه وهذا كلام حسن
وان لم يكن في لفظ المصنف
رحمه الله ما يشعر به ويجوز
أن يقال الاصل أن لا يفارق
الفرع الاصل الا بامور
ضرورية فان الاصل عند
المحصلين عبارة عن حالة مستمرة
لا تتغير الا بامور ضرورية
والمسائل المذكورة تغيرت
بذلك وهو أن القصاص غير

صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الخلق النية به ليكون مطهرا شرعا
بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا

فهو ضروري لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضى وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الخ
(وان مات) أى العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بآبوت العبد عن الفداء وطول بالفرق بين هذا وبين خصال
كفارة اليمين فان الجاني غير مخير وان عين أحد هما قولاً لم يتعين وههنا قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أو وجب رعاية لاحتياجهم
وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أى الجنابة
الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجنابة الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به
حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع
تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بأن في الرهن ايفاء واستيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس
في الجنابة كذلك وقوله (على قدر أرش جنابتهما) لان المستحق انما يستحق (٣٥٩) عوضاً عما فات عليه فلا بد من

أن يقسم على قدر المعروض
وقوله (لماذا كرنا) يعنى
قوله لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثانية وقوله
(وعلى هذا حكم النجاسات)
يعنى لو شجر رجلاً موضحة
وأخرها شمة وآخر منقولة
ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموضحة سدس
العبد لان له نجاسة وإلى
صاحب الهاشمة ثلثه لان
له ألفاً وإلى صاحب المنقولة
نصفه لان له ألفاً ونجس مائة
فيقتسمون الرقبة هكذا
وقوله (وهى الجنابات
المختلفة) يعنى لجاز أن
يختار في أحدهم خلاف
ما اختاره في حق الآخر
كما لو انفرد كل واحد منهم
وقوله (والحق يجب للقتول)
جواب عما يقال الحق وان
كان متحدا بالنظر الى

على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان
عاد فجبى كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجنابة
بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال (وان جنى جنابتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى
واي الجنابتين يقسمانه على قدر حقيهما واما أن تفديه بأرش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن مالك المولى لم يمنع تعلق الجنابة في الجنى
عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنابتهما (وان كانوا جماعة
يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداءهم بجميع أرشهم) لماذا كرنا (ولو قتل واحداً
وفقاً عين آخر يقتسمانه اثلاثاً) لان أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم النجاسات
(وللمولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة
بأختلاف أسبابها وهى الجنابات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى
من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق مقتول لا يتحد سببه وهى الجنابة المتحدة والحق يجب للقتول
ثم لا وارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنابة ضمن
الأقل من قيمته ومن أرشها وان أعتقه بعد العلم بالجنابة وجب عليه الارش) لان في الاول قوت
حقه فيخمس منه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً
لان الاعماق يمنعه من الدفع فالافدام عليه اختيار منه لا آخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة
والتدبير والاستيلاء لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال المالك به

في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصل في جنابة العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب
بموت العبد لقوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فاذا كان حق
ولى الجنابة منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الاصل في جنابة العبد فان لم ينحصر فيه فبما معنى حصره
في الارش بقوله لاحق له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبلاً بقوله أما الدفع فلا ان حقه متعلق

السبب فهو متعبد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أن الانسليم أن المستحق متعدد
بل هو واحد لان الحق يجب للقتول الخ لا يقال المالك ثبت لا وارث حقيقة وحكما ولما لم يحكم فقط لانه ليس من أهل المالك حقيقة
فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم
بالجنابة) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجنابة العبد وتسرف فيه فان تصرف بما يجزئه عن الدفع صار مختاراً
للفداء والافلا واذا لم يعلم بالجنابة لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجنابة وعلى هذا يخرج الفروع
المذكورة في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعنى قبل العلم ويعده

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جنابة فقال ولهم اهو وعبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو جارة أو رهن لا يصير مختاراً للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها آخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للادية مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه البكرخي بالبيع واخواته) في صيرورته مختاراً لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جنابة خطافانه ينتظم النفس ومادونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان اختيار البائع ونقصه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختاراً للفداء به ما لان الملك ما زال قيل المشتري بشرط اختيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجبىز للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخاً للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء وأجيب بأن ثمة ضرر ورة لم تتحقق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجبىزاً فاسخاً ههنا لك ان كان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية وأما ههنا فلم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان كاتب المسلم عبده الجاني على (٣٦٠) خراً وخترير فانه يصير مختاراً للفداء لان موجبته ثبت بنفس العقد

وهو يتعلق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجنابة وعدمه وقوله (ولوضربه فنقصه) يعني بأن أثر فيه حتى صار مهزولاً وقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالماً بالجنابة لانه حبس جزأ منه وأما اذا ضرب به ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الارش الآن يرضى ولي الدم أن

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسهط به حق ولي الجنابة فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر والمقر وأحقه البكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبهه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونه وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقصه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعسه بيعاً فاسداً لم يصير مختاراً حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبته ثبت قبل قبض البديل فيصير بنفسه مختاراً ولو باعسه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا اوجبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة ودون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان عالماً بالجنابة لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكرافوطها وان لم يكن معلقاً لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق

به (قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جنابة خطافانه ينتظم النفس ومادونها كذا

بأخذنا نقصاً ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصاً صار كأنه نقصان حصل بآفة سماوية وقوله (وكذا اذا كانت بكرافوطها) يعني يصير به مختاراً للفداء وان لم يكن الوطء معلقاً لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختاراً للفداء لانه لا يجزؤه عن الدفع كما لا يجزؤه عن البيع وعمل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقه عالماً بالجنابة فان به هذا الاقرار يدخلها في نوع عيب ولكن لما كان حكمه يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعيب والتعيب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها وذلك لان التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزئ منها وأما الحكمى فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقاً في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اجتماراً لان الحل يختص بالملك فكان الوطء ليس الا على امسالك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلوماً وههنا لا يكون اختياراً الا اذا كان معلقاً أجيب بأنه لو لم يجعل فسخاً للبيع وقع الوطء حرماً لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زواجا فثبت أن الوطء حصل في غير ملكه فلا تحرر زعم ذلك حملناه فسخاً وههنا اذا دفعها بالجنابة يملكها المولى الجنابة من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زواجا فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه .

وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للتفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقض الاجارة والرهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم ينه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً للتفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختاراً بالاجارة والرهن لانه أثبت عليه يداً مستهقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختاراً لانه لا يعجز عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الآن لولي الجناية أن يتمتع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يتمتع من قبوله قال (ومن قال لعبد ان قتلته فلا نال) (٣٦٤) ومن علق عبده بجناية توجب

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه بالجناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق والعاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يبحث في عينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمبجرف صار كما اذا اعتقه بعد الجناية ألا يرى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقر بك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا مرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذا لم يكن للنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعل فلهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل عبد ادفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقبل لا دوايبا اقتلوه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكرنا بنا لأن تأخير التعرض لاطلاق ما في أول الباب إلى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لأن الاطلاق هناك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الأول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا يتقص الرقبة) أقول في التعليل شئ وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركبته دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعاً وان أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنتقصه فانه يصير مختاراً للقداء هناك اذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً

(٤٦ - تمكمله نامن) دخلت الدار فانت حرم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختاراً اللغداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علمت بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالمها باظهارها وانما قلنا بجنايته تو جب الدية لانه لو كانت تو جب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فليفتقر المولى على ولي الجناية بتعلقه شياً

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حق المجئى عليه يعنى العبد سابقا على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالاعم مثل أن يقول ان قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمتقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق (أنه إذا لم يعتق وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) وسماء صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٣) رحمه الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة

ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل وباطل لا يورث الشبهة كما إذا رطب المطلق الثلاث في عدم تجميع العلم بجرمها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة له إلا أن يجعل صلحا عن الجنابة وما يحدث منها ولهذا النص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لأنه لما رضى بكون العبد عرضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل

مع أنه يجري أن يقال هناك أيضا أن الضرب وإن نقصه لا يفوت الدفع برضائى الجنابة فإنه إذا رضى أن يأخذ ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعديل في صورة ما إذا ضربه فقصه إن لم يفوت الدفع برضائى الجنابة نقصت الرقبة فالتعديل المذكور هنا لا يجري بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركب دين كلام لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون ولجنابة إذا دفع العبد إليه فيتبعونه به بغيرهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن لولى الجنابة أن يمنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الأول فكان لولى الجنابة أن يمنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه نظر لأن المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب فكيف يستتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصحبه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى أن صاحب الأسرار بعد أن ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الارش قال والرأية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في حجة ما هو صلح وهو ما إذا أعتقه تدبر ترشد (قوله وباطل لا يورث الشبهة كما إذا رطب المطلق الثلاث في عدم تجميع العلم بجرمها عليه) أقول فيه بحث وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بجرمها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا هنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيه يكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه إذا رطب المطلق الثلاث في عدم تجميع العلم بجرمها عليه بل ظن أنها محل له فإنه يورث الشبهة فيرد الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفيهم أيضا ههنا من قوله مع العلم

به وإنما وقع باطلا لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأسرار والعبد وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لأن الذي كان الصلح رقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل وباطل لا يورث شبهة كما إذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بجرمها عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح إلا بجعله صلحا عن الجنابة وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الإقدام على الاعتاق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لأنه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشروط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضى موجود ولهذا

وذكر

لنص على ذلك ورضى به المولى صح فبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل (قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذ كرفي بعض النسخ) قال الامام نضر الاسلام رحمه الله وذ كرفي بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ماذا كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذكرنا) يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خبرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع برباشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بربود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبغي عن الخطيئة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيره ارباشكالا فمما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ رحمه الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ماذا كرههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تحب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وذلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهم ما فرق وهو أن العفو عن اليد صرح ظاهر الان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجنابة كذلك (٣٣٤)

وان بطل العفو بالسراية حكمه يبقى موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمنع الجنابة لم تمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج على ماذا كرهناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتناق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجنابة) يعني اذا كانت القيمة أقل

وذ كرفي بعض النسخ رجل قطع يدرجل عدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجنابة الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع برباشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قيل ماذا كرههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهم ما فرق وجهه أن العفو عن اليد صرح ظاهر الان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكمه يبقى موجودا حقيقة فكيف ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجنابة لم تمنع العقوبة فالتخريج على ماذا كرهناه من قبل قال (واذا جنى العبد الاذن له جنابة وعليه ألف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجنابة) لانه أنلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع لاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن التلج بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالانلاف بجزء من عليه (قوله أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجنابة لم تمنع العقوبة) أقول رد عليه انه ان اريد بقوله صلح لا يبطل الجنابة بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجنابة بل يبقى عليه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

من الارش وقوله (أنلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع بل هو ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان لانه لا يكون الا تلاف واردا عليهم ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فيكون الا تلاف واردا عليهم فيضمنهما به والأصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لا صحاب الاولياء وانما بدنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجنابة يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتى بدأ بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجنابة لانه تجدد الشترى المالك ولم يوجد في يده جنابة فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجنابة بالفداء بالدين فان للناس في الأعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجنابة لان موجبها ضروره حر اذا كان مشغولا ووجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجنابة لانه بيع على ملكهم وان لم يبق بالدين تأخر الى حال الحرية كماله بيع على ملك المولى الأول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ايدي عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجنابة كان عليه الدية اذا كانت الجنابة في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتناق بعد العلم بالجنابة يوجب الارش دون القيمة وقد صرح

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعني الاتقاني

وقوله (بمخلاف ما اذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابله الحق) يعني حق الدفع (لانه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال (واذا استدان الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنائنها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتهابيع أو هبة أو غيرهما فكأن من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتمسرى الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب الجنابة والدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لاني ذمته حتى لا يصير المولى ممنوعا عن التصرف في رقبتهابيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله (والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بحوله واعتراض وجهين أحدهما الانسليم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعنتها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها ضمن كالمقتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لماسرى أثر الدفع الى أرض استحققتها بجنابة حتى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان وادها جز وها وأرسلها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى الى ماليس بمجرد من وأوجب عن الاول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لنفوته ما تعلق به حتى الغرماء يباعوا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب (٣٦٤) الدين على المولى والا لوجب عليه ابقاء الدين لاضمان قيمة العبد وانما

لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابل به من العين ضمانا وضمان العبد وان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة التراجع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لافي محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بمخلاف صورة النقص فان قيل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الارض

بمخلاف ما اذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبى انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابله الحق لانه دونه وهما يجب لكل واحد منهما ما بانلاف الحق فلا ترجح فيظهر ان فيضمنهما قال (واذا استدان الامة المأذون لها ثم ولدت) ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جنابة لم يدفع الواد معها) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتهابيع واستيفاء يسرى الى الولد كواد المرشونة بمخلاف الجنابة لان وجوب الدفع في ذمة المولى لاني ذمته وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعنته فقتل العبد ولما ذلك الرجل الزاعم خطأ فلا تنبئ له) لانه لما زعم أن مولاه أعنته فقد ادعى الدية على العاقله وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقله من غير حجة قال (واذا أعنت العبد فقال لرجل قتلته أهلك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا وفداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا ناصبي أو بعت دارى وأنا ناصبي أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى الجبايات بأن موجب التمسك بالعقد القود الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو

بدل جزء متصل ذات بالجنابة وولى الجنابة قد استحقها بكل جزء منها فافات من الاجزاء بعرض قام العوض مقامه وأنا كما لو قتلته وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولى الجنابة اعتبارا للجزء بالكل بمخلاف الواد فانه بعد الانفصال ليس بمجزع ولا بدلا عن جزء وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذ كر في الكتاب الاقرار بالحريية قبل الجنابة وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله (وابراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وبراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجنابة اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك أو مسهت لم كاحق المحتى عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقله لا بجهة وقوله (واذا أعنت العبد) يعني اذا أعنت عبد معروفا بالرق (فقال لرجل قتلته أهلك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروفا بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا وفداء واعتراض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأوجب بأن اعتبار التاريخ لا يترجح بعد وجود أصل الاقرار وهما هو منكر لاصله قصار كن يقول لعبد اعنته قبل أن تخلق أو أخلق

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفوته (قوله فان قتلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (كن القول قوله) يعني مع بينه وقوله (اما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن أعتق جارية ثم قال ايا) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الاجماع والغلة) أن يقول لها جاعلًا وأنت أمتي وأخذت منك غلة عمالك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المولى المستر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشيا قائمًا بعينه فانه يؤثر برده عليه اي لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد درجة الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه) (٣٦٥) ثم ادعى التمسك عليه وهو منكر والقول

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها وله ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله (وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلته وان كانت مديونة لايجب الضمان عليه فصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرها (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفعوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال

وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها اقطع يدك وأنت أمتي وقالت قطعتم أو أنا حره فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الاجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشيا قائمًا بعينه يؤثر برده عليه) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفـ هل الى حالة معهودة منافية له كافي المسئلة الاولى وكافي الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التمسك عليه وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها وله ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفعوأة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذ من غلته وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

اسقاط موجب الجناية وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقر بذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية تعني ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسيين صورتي العقو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها اقطع يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتم أو أنا حره فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول ليس هذا بسد يد لان مبني هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كافي المسئلة الاولى والاما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كافي المسئلة الاولى وانما مبني هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الالبحة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس بباطل بل هو جواب المسئلة وانما ذكرنا بطريق الاستطراد لالاصاله فمما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القلع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتهما مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعمين وله العمد الى المال فقبل العمدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفق العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور وأحيب بأن المراد فق عذبه به فهو رها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القلع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتهما مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الاجماع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن المولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلى البنا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فأنه على الخلاف
كذلك قيل فان سمع ذلك فوجهه قول محمد بن حنبل أنه أسند ان رآه الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قوله ما أنه ليس كذلك لان مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة والله أعلم وانما اصل أن هذه المسائل على
ثلاثة أوجه في وجه يكون (٣٣٣)

قال (واذا أمر العبد المحجور وعليه صيد احراقه قتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لانه هو القاتل حقيقة
رغمه وخطوه سواء على ما بينا من قبل (ولا شيء على الآخر) وكذا اذا كان الآخر صبيانا لم يلايواخذان
بأقوالهما لان المأخذة قيم باعتبار الشرع وما اعتبر قوله ما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآخر
أبدا ويرجعون على العبد الآخر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لم يلحق المولى وقد زال للثقة ضمان أهلية
العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاغلبة قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآخر عبدا
والمأمور عبدا المحجور وعليهما (يخطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان
القتل خطأ وكذا اذا كان عبدا والعبد القاتل صغيرا لان عدمه خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص
لغيره بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عبدا ولكل واحد منهما وليا فحقا أحدولي كل
واحد منهم ساقان المولى يدفع نصفه الى الآخر من أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لانه لما عفا أحدولي
كل واحد منهم - ماسقط القصاص وانقلب مالا فصار كالووجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في
الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العاقفين وهو النصف وبقى النصف (فان كان قتل أحدهما
عبدا والاخر خطأ فحقا أحدولي العمدان فداء المولى فداء بمائة عشرة ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف
من ولي العمد وعشرة آلاف لولي الخطا) لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وولي الخطا في كل الدية عشرة
آلاف وحق أحدولي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثة لولي الخطا وثلاثة لغير العاق من ولي العمد عند أبي حنيفة وقال يدفعه
ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا واربعة لولي العمد)

قول الحارثية وهو ما اذا أقر
المولى أنه أخذ منها مالا
وهو قائم في يده وفي وجه
اختلافها وهو ما اذا استمر
مالها أو قطع بدشا وقد
اتفقوا على أصلي أحدهما
أن الاسناد الى حالة معهودة
منافية للضمان بوجه
سقوط المقر به والاخر أن
من أقر بسبب الضمان ثم
ادعى ما يبرئه فلا يسمع منه
الابحجة فالوجه الاول
مخرج على الاصل الاول
بالاتفاق والوجه الثاني
مخرج على الاصل الثاني
بالاتفاق والوجه الثالث
مخرج محمد بن حنبل والله على
الاول وحدهما على الثاني وقوله
(واذا أمر العبد المحجور)
على الوجه الذي ذكره
نفاذ وقوله (على ما بينا
من قبل) إشارة الى ما ذكره
فيل فصل الجنين وقوله
(لانه غير مضطر في دفع
الزيادة) أى لضرورة في
اعطاء الزيادة لانه يتخلص
عن عهدة الضمان باعطاء
الأقل من الفداء أو قيمة
العبد لانه انما أتلف بأمره
ما هو الاقل منه ما قال (واذا
قتل العبد رجلين عبدا)

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلى البنا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى
وأنا مسلم فأنه على الخلاف كذلك قيل فان سمع ذلك فوجه قول محمد بن حنبل أنه أسند ان رآه الى حالة معهودة منافية
للضمان ووجه قوله ما أنه ليس كذلك لان مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقرب بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان
قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن دافعا في مسئلة القطع نفسها
الا انه نظير لما لا اشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما ما لا ينافي الى حالة منافية للضمان
عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التفسير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فيما
بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره
فقات عينك البني وعيني البني صحيحة الخ وأما ثانيا فلا أن قوله ووجه قوله ما أنه ليس كذلك لان
مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة والله أعلم وانما اصل أن هذه المسائل على
ثلاثة أوجه في وجه يكون (٣٣٣)

كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثة لولي الخطا وثلاثة لغير العاق من ولي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله
قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ
اذل رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الامر لم يصح والامر لم يوقع في هذه الورطة لئلا يحال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان
المأمور صبيانا انتهى أجب بأن أمره استخدام وانما خلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطبت ضمن المستخدم كذا هذا فليتأمل

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا باع عبدا انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك السعيين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العبد لأن حق ولي العبد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلى حق ولي الخطأ بهذا النصف بلامنازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يبي حبيثة رحمه الله أن أصل حقه هو ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب (٣٦٧) كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلامنازعة واستوت منازعة الغريمين في النصف الآخر فيتم نصف فلهم هذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لأن الحق يتعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذا المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال (وإذا كان عبدين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقال لا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحدهما لا يبين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يزد كراختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشروع

عليه ثلاثة آلاف درهم
ألفان لرجل وألف لآخر
مات وترك ألف درهم
كانت التركة بين صاحبي
الدين اثلاثا بطريق العول
والمضاربة ثلثا لها صاحب
الألفين وثلثا لصاحب
الألف كذلك هذا بخلاف
بيع الفضولي لأن المالك
يثبت للمشتري في العين
ابتداء وقوله (وإذا كان
عبدين رجلين فقتل
مولى لهما) فسر المصنف
رحمه الله بقوله أي قريبا
لهما قال الله تعالى وإني
خفت الموالي من ورائي أي
الاتقرب ويحتمل أن يراد
به عبد لهما اعتقا فحسفا

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا باع عبدا انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى السعيين كان العبد بين المشتريين أرباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله في مسئلتهما هذه ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العبد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد إن حق كل واحد من المولىين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجال من أن قوله (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن يتعلق الحق بالعين على وجه الشروع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فانه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون يتعلق الحقيقتين على وجه الشروع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولا يبي حبيثة) أن أصل حقه هو ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة (أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق يتعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا لأن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له باذاعفاً احد هما انقلب نصيب الاخر وهو النصف الا لغيره شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب عبده ما لا وما كان في نصيب صاحبه ببقى وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يتسديه بربع الدية ولا يخيـف رجه الله أن نصيب العاني قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب ما لا ويحتل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً ويحتل أن يكون نصفه (٣٦٨) في ملك نفسه ونصفه في نصيب العاني فينقلب نصف هذا النصف وهو

الربع ما لا فالحتم لهذا واحتمل ذلك لا ينقلب ما لا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع في فصل (١٠) لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجفائية على العبد وقد قدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تراد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامم اذا زادت قيمته على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا أحد هما انقلب نصيب الاخر وهو النصف ما لا غيرانه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب عبده ما لا وما كان في نصيب صاحبه ببقى ونصف النصف هو الربع فلذلك يقال ادفع نصف نصيبك أو افتد به بربع الدية وله ما لا يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه وهذا تقضى منه دينونه وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً ولا يخلفه الورثة فيه

فصل (١١) (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تراد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامم اذا زادت قيمته على الدية خمسة آلاف الا عشرة)

لان حق ولي العبد كان في جميع الرقبة فاذا عفا أحد هما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلى حق ولي الخطأ به هذا النصف بلا منازعة ببقى النصف الاخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعاً كما في مسألة الفضولين والابى خيفة رجه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المثلث والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا الان حق ولي الخطأ في عشرة وحق شريك العاني في خمسة فيضرب كل واحد منهما بمجسدة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاً لصاحب الألفين وثلثاً لصاحب الألف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لأن المالك يثبت للمشتري في العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيان والهبوبي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقفى أثره في هذا الشرح والبيان صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فاعني بناءً قول أبي خيفة في هذه المسألة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهذا لا يقتضي هذا أن يكون الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أبي خيفة رجه الله ههنا لان الحق يتعلق بالرقبة بنوعها ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي خيفة رجه الله في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الجنابة على العبد لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجفائية

نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده ما لا وما كان في نصيب صاحبه ببقى ونصف النصف هو الربع فلذلك يقال ادفع نصف نصيبك أو افتد به بربع الدية وله ما لا يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه دينونه وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده ديناً ولا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلفوا مسألة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى وأنت خير بأن التعليل المذكور يخص بوضع الديات وتبقى مسألة الجامع الصغير طالبة عن التعليل البتة

فصل (١٢) ومن قتل عبداً خطأ

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله يجب قيمته بالغته ما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغته ما بلغت بالاجماع إلهما أن الضمان بدل المالمية) وبدل المالمية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالمية فلا نية (يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بقي العقد وبقاؤه ببقاء المالمية أصلاً) ان بقي العين أو بدلاً ان (٣٦٩) شلكت (وصار كقليل القيمة

وكأنه غصب) وأما أنه بدل المالمية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح الجانب المالمية على الأدمية لان المالمية واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لان المال وان كثراً لا يماثل النفس وبعائل المال (ولابي حنيفة ومحمد

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يجب قيمته بالغته ما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغته ما بلغت بالاجماع إلهما أن الضمان بدل المالمية ولهذا يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بقي العقد وبقاؤه ببقاء المالمية أصلاً وبدلاً وصار كقليل القيمة) وكان الغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أرجحها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلته الأدمية ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها بأهلهما إلا أن في عندنا تعذر الجمع بينهما وضمنان الغصب بمقابلته المالمية اذا غصب لا يرد الا على المال وبقائه العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عداوان لم يكن القصاص بدلاً عن المالمية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الأولى ترجيحاً للجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية اليمان انما أقدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المنعول وجوداً فكذلك ترتيباً (أقول) فيه بحث لانه ان اردنا ذات الفاعل قبل ذات المنعول وجوداً فهو ممنوع ان يجوز أن يكون وجود ذات المنعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلاً يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان اردنا فاعلية الفاعل قبل مفعولية المنعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع فان المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المنعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المنعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمه الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أو بجهنم مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلته الأدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فمن قتل خطأ حراً كان أو عبداً والدية اسم للواجب بمقابلته الأدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب في قتل العبد أيضاً خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلته الأدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات السيد في المقدار اتساويهم في الأدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد متفاوتة في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها بأهلهما إلا أن في عندنا تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان قيمة معنى الأدمية حتى كان مكلفاً بخلاف وفيه معنى المالمية حتى ورد عليه الملك بخلاف والا دمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بأهلهما إلا أن في عندنا تعذر الجمع بينهما اذا انعكس يفضي الى اهدارهما جميعاً لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدرا أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معاً فاعتبرا أحدهما واهدرا الآخر

(٤٧ - تكمله ثامن) بأن الجمع انما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله (ضمنان الغصب) جواب عن قولهم او كان كالغصب وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قولهم او لو قتل العبد المبيع (قوله لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع) أقول منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهم اوصار كليل القيمة وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ
ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لما وافقته لاكثر
النسخ واعتبر بان أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روى أن عمر وعلياً وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته
بالغة ما بلغت وأوجب بان المروى (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يمتدى اليه العقل

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية الا أنه لا سمع فيه فقد رنا بقيمة رأينا بخلاف كثير القيمة لان قيمة
الحرمة قدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اظهر ارا لاخطا طرئته وتعين العشرة بأثر
عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة)
لان البدن من الأدمي نصفه فتعغير بكماله وينقص هذا المقدار اظهر ارا لاخطا طرئته وكل ما يقدر من
دية الحر فهو ممة مدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر ادهو بدل الدم على ما قررناه وان
غصب أمة قيمته اعشرون ألفا كانت في يده فعليه تمام قيمته المائنة أن ضمان الغصب ضمان المالية
قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه
والا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرض اليد
وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباهه من له
الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لانتلاف احدهما حكم شرعي دون انتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان قتل العبد انتلاف
أدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه انتلاف الأدمية أصلا وإنما الحاصل به انتلاف المالية
بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف بقوله وضمن الغصب بمقابلة المالية
اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه انتلاف الأدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو
الأدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لانتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد له انتلاف لم يتصور أن يرتب عليه
حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية الا أنه لا سمع فيه
فقد رنا بقيمة رأينا) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا ان رأى
والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التمسك بقيمة هذا الرأى من
غير سمع وأيضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفوس الأدمية لاحتالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من
تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الأدمية كالتكليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها
من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الأدمية فيما
نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمته اعشرون ألفا كانت في يده فعليه تمام
قيمته) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد أمة قيمته اعشرون
ألفا وذلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع فما وجبه الاعادة هنا وتكرر المسئلة واحدة في
موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكر هنا فانه المذكور
في الجامع الصغير والبداهة والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فربما ينسب قتل العبد
خطا وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذ اذادت قيمته على
دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع
وجعل الدليل تين المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول
لاشتباهه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

وليس فيما روى عن غيره
ذلك بل فيه قياس سائر
الاموال من تبلغ قيمته
بالغة ما بلغت فكأن مجموعا
على أنهم قالوا بالراى ومثله
لا يعارض ما هو بمنزلة
المسموع من رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقوله
(لا يزداد على خمسة آلاف
الا خمسة) أي لا يزداد على
هذا المقدار قال في النهاية
هذا الذي ذكره خلاف
ظاهر الراء لانه ذكر في
المبسوط فأما طرف المملوك
فقد بينا أن المعتبر فيه
المالية لانه لا يضم
بالقصاص ولا بالكفارة
فلهذا كان الواجب فيه
القيمة بالغة ما بلغت الآن
محمد ارجحه الله قال في بعض
الروايات القول به هذا
يؤدى الى أنه يجب بقطع
طرف العبد فوق ما يجب
بقته له الى أن قال فلهذا
قال لا يزداد على نصف بدل
نفسه فيكون الواجب
خمس آلاف الا خمسة
وقوله (لان القيمة في
العبد كالدية في الحر) يعني
يجب في موضحة العبد نصف
عشر قيمة العبد لانه يجب
في الحر نصف عشر الدية

(اذهو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررنا) اشارة الى قوله ولا يبي حنيفة ومحمد ارجهما الله قوله تعالى ودية
مسئلة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا انحرى المذهب
وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباهه من له الحق) يعني المستوفى وجهاته تنع القصاص
(قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقيل أي في وجوبه به على وجه يستوفي لأعلى أصل الوجوب لأنه لا فائدة الاستيفاء
 فإذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أي في تعذر الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباهه من له القصاص وتعذر استيفاء
 القصاص لتحقيق اشتباهه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فیتعذر الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا ينزل الاشتباه)
 جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن ينزل الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا ينزل الاشتباه في الحالين
 مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللا ورثة بالعكس وعند (٣٧١) الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد

منهما على الدوام في الحالين
 فلا يكون الاجتماع مفيدا
 بخلاف العبد الموصى
 بخدمته لرجل وبرقبته
 لاخر فان كل واحد منهما لم
 يفرد بالقصاص لان الموصى
 له بالخدمة لا ملك له في الرقبة
 والموصى له بالرقبة اذا
 استوفى القصاص سقط
 حق الموصى له بالخدمة لان
 الرقبة قات لا يبدل فلا
 عكس ابطال حقه عليه ولكن
 اذا اجتمعا فقدرضى الموصى
 له بالخدمة بفوات حقه
 فيستوفيه الا خزل وال
 الاشتباه وقوله (على اعتبار
 احدي الحالتين) وهى حالة
 الجرح قبل العتق والحالة
 الاخرى هى حالة الموت بعد
 العتق وقوله (فما يحتاج
 فيه) يعنى فى الذى لا يثبت
 بالاشبهات فانه يحتج بهذا
 عن قال لا خزل على
 ألف من فرض فقال المقر له
 لابل من ثمن مبيع فانه يقضى
 بالمال وان اختلف السبب
 لان ذلك من الاموال
 والاموال مما يقع البسول
 والاباحه فيها فلا يبالى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فحق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على
 وجهه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا ينزل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
 بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان مال كل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا
 اجتماع زال الاشتباه وللمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف
 لانه الملك على اعتبار احدي الحالتين والورثة بالولاية على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق
 فيما يحتاج فيه كما اذا قال لاخر بعثنى هذه الجارية بكذا فقال المولى روجتكم امك لا يحل له وطؤها
 يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فحق الاشتباه (الخ) واعترض عليه بعض
 العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لوضرب الامة الحاملة فأعتق المولى الامة ثم ألقته حيافات
 الوالد بان المعترحة حاله الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا في بيان
 تلك المسئلة بأننا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معافا وجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا
 قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلة في آخر فصل الجنين فكان
 ذلك البعض حفظ بعض ما ذكره هناك ونسى بعضه فزعم أن المعترحة هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه
 الكلام) قال صاحب النهاية أي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخى
 بخطه الضمير في وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن ما دل ذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله
 وفيه الكلام أي في وجوبه على وجهه يستوفى ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء
 فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أي كلامنا في تحقق
 اشتباهه من له حق استيفاء القصاص يعنى ان تعذر استيفاء القصاص لتحقيق اشتباهه من له الاستيفاء
 وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فیتعذر الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال
 ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أي وفيما اذا كان له ورثة غير المولى
 ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير حراد المصنف
 هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندي لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص
 في الوجه الاول مر يدايه ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فاطبة كيف يحتاج هنا الى
 أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا الغوامم الكلام كما يشهد به الفطرة
 السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن
 الركاكة بل عن اللقوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب
 الكفاية اذ ينظم المعنى حيث نذكر جدا ويتعلق الكلام بقرينه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله
 فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه) قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاج فيه أي الذى

باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذى لا يثبت بالاشبهات انما يكون عما يثبت بالاشبهات والاموال ليست كذلك
 والاولى أن يفسر ما يحتاج فيه بالماء والفروج فانه استشهد بعده بحمل الوطء وهو مما يثبت بالاشبهات أو يفسر بالذى لا يجري فيه البذل
 (قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هى كذلك لا يرى أنها ثابت بشهادة رجل واحد أو اثنين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة
 انما نشأت من اشتباه الشبهة بالاشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعده بحمل الوطء) أقول أي بعدم
 حمل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالاشبهات) أقول لفظة ما نافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق بصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص
ألا ترى أن من جرح عبد انسان (٣٧٣) ثم أعتقه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

القيمة وانما يضمن النقصان
زان كان خطا فبالاقتاف
وان كان عمدا فعند محمد
رحمه الله لان الدليل وهو
مخالفة النهاية للبداية
لا يفصل بينهما وبانقطاعهما
يبقى الجرح بالاسراية
والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص كانه تلف باق
سماوية فان قيل ينبغي
أن يجب ارض اليد للولى
لكونه جرحا بالاسراية
أجيب بأنه لا يجب نظرا الى
حقيقة الجنابة وهو القتل
لانه اذا سرى تبين أن الجنابة
قتل لا قطع (ولهما أنا نيقنا)
ثبوت ولاية الاستيفاء في
العمد للولى فيستوفيه (لان
المقتضى له) وهو المولى (معان
والحكم) وهو استيفاء
القصاص (متحد فوجب
القول بنبوت الاستيفاء
بخلاف الفصل الاول)
يعنى ما اذا كان له ورثة غير
المولى حيث لم يجب القصاص
بالانفاق (لان المقتضى له
مجهول) لانا لو اعتبرنا حالة
الجرح كان المقتضى له هو
المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان
الورثة (ولا معتبر باختلاف
السبب هنا) أى فى الفصل
الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى فى العمد

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحتز به - هذا عن قال لا آخر لك على ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن
مبيع فانه يقتضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال عما يقع فيها البذل والاباحة
فلا يبايى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز
بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والادوال ليست كذلك اه - أقول هذا النظر
ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا ترى الى ما صرحوا به فى كتاب الشهادة من
ان فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجل فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات من الحدود
والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق ما لا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى
أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعدد بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه
أقول فيه خلل أما أولا فلا أن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما
ثانيا فلا أن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل
لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف فى كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن
يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة
العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظه ما نافية أقول نسخ العناية
التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا
لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لم أن يحتز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من
الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعدد بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات
وكان لفظه ما نافية لم أن برد عليه مثل النظر الذى أوردته على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا
لا تثبت بالشبهات على زعم قصاصات كما استشهد به فى معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء
والفروج فيلزم أن يكون ماعدأ أولى مشترك الا لزام تأمل منهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية
وبانقطاعها يبقى الجرح بالاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحدرجه الله
تعالى وذلك لان الاعتاق بصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبد
انسان ثم أعتقه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن
النقصان فان كان خطا فبالاقتاف وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة
النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بالاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف باق سماوية كذا فى العناية وكثير من الشروح وقال فى العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي
أن يجب ارض اليد للولى لكونه جرحا بالاسراية أجيب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجنابة وهو القتل
لانه اذا سرى تبين له ان الجنابة قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله فى السؤال ينبغى
أن يجب ارض اليد للولى أنه ينبغى أن يجب ذلك فى مسألة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارض اليد دون

لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لو احدث وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى
المستشهد به بقوله كما اذا قال لا آخر بعنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها يختلف (لان ملك الميراث يغير ملك النكاح حكما) لان ملك
النكاح يثبت الحل مقصودا وملك الميراث قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

وقوله (والاعتاق لا يقطع السرية) جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسرية ومعناه الاعتاق قاطع للسرية في صورة الخطادون العبد وذلك لانه لا يقطع السرية (لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطادون العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت الحرية فتمتضي منه دينونه وتنفذ وصاياه فبعاء الاشتباه أما العمد فوجه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق (٣٧٣)

سواء فلا اشتباه فيمن له الحق

والخاص من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السرية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبدية أحد كما حرث شجرا) اذا قال لعبدية أحد كما حرث شجرا فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك المبهم بالعمية في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارس معينا وان كان يظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فإنه اذا قال أحد كما

والاعتاق لا يقطع السرية لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطادون العبد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت الحرية فتمتضي منه دينونه وينفذ وصاياه فبعاء الاشتباه أما العمد فوجه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبدية أحد كما حرث شجرا فأوقع العتق على أحدهما فأرثهما للمولى) لان العتق غير نازل في الميتين والشجة تصادف الميتين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واظهار من وجهه على ما عرف

أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصل الا ان يجب أرش اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسألة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبدا انسان ثم أعتقه مولا ثم مات العبد من تلك الجراحة فليسؤال المذكر ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسألة الكتاب فإنه يجري فيها أيضا مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققت تدبر (قوله وذلك في الخطادون العبد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت الحرية فبعاء الاشتباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت لانه لا يقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كذا الحالة بين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقتضى لقطع الاعتاق السرية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كانه في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات فيمليزم اشتباها من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسألة تناقلا ممل في الدفع

حرثات أحدهما أو قتل تعين العتق لا آخر (فأرثهما للمولى لان العتق غير نازل في الميتين والشجة تصادف الميتين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرثهما للمالك (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لاقية عبدتين ولادية حرين (والفرق ان البيان وهو تعين العتق المبهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهر من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما أجبر عليه اذا لم يجبر على انشاء العتق

والعبد (بعد النجبة) للبيان فاعتبر انشاء في حقه ما وبعده الموت لم يبق محللا للبيان فاعتبرناه اظهرنا انحصاراً واحداً ما سحر بينين فقيس قيمة
عبد ردياً سحر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجلاً (والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحداً أو اثنين فان كان واحداً اقلنا
ان قتله مائة أو مائة ارباباً كان الاثر في الحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر
وان كانت فكل واحد منهما ما يجب دية في حال رقيقته في حال وبقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا
اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية سحر لا ننتيقن أنه قتل عبداً أو رجلاً الحر يوجب الدية وليس أحدهما أولى من
الآخر فله نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول
فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معاً ومعتاقاً فان كان الاول كان على كل
واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعفو في حق العين كأنه غير نازل

وبعد النجبة بقي محللا للبيان فاعتبر انشاء في حقه ما وبعده الموت لم يبق محللا للبيان فاعتبرناه اظهرنا انحصاراً واحداً ما سحر بينين فقيس قيمة
عبد ردياً سحر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجلاً (والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحداً أو اثنين فان كان واحداً اقلنا
ان قتله مائة أو مائة ارباباً كان الاثر في الحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر
وان كانت فكل واحد منهما ما يجب دية في حال رقيقته في حال وبقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا
اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية سحر لا ننتيقن أنه قتل عبداً أو رجلاً الحر يوجب الدية وليس أحدهما أولى من
الآخر فله نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول
فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معاً ومعتاقاً فان كان الاول كان على كل
واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعفو في حق العين كأنه غير نازل

وانما هو نازل في المنكر
ولانتيقن ان كل واحد
منهما قاتل ان ذلك المنكر
فيجب على كل واحد منهما
القدر المتيقن به وهو القيمة
ولم يبين في المبسوط ان ذلك
للمولى أو لورثته ما وقيل هذا
والاول سواء النصف للمولى
من كل واحد منهما والنصف
لورثة فان العتق في حق
المولى ثابت في أحدهما فلا
يستحق بدل نفسه فيوزع
ذلك عليهم ما نصفين وان لم
يذكر أيهما قتل أو لاف الحكم
كذلك وان كان الثاني فعلى
القاتل الاول قيمته ولو لاه
وعلى الثاني دية الثاني لو رثته
لان العتق تعين فيه وقد
ظهر لك من هذا ان ما ذكره
المصنف رحمه الله فيما اذا
كان قتلهما معاً سواء كان

(قوله وبعد النجبة بقي محللا للبيان فاعتبر انشاء في حقه ما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق
لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في
التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط
اعتبارها في حق الذات قصر اعليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المالية معتبرة
في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصر اعليه أي
لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصر اعليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية
على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعاً هذا ما قالوا (أقول) فعلى هذا
المعنى يكون كلام المصنف هنا منافي لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدره هذا الفصل من قبل
أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الادمية حتى كان مكافؤ فيه
معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول

القاتل واحد أو اثنين وقوله (ولان القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن
القياس (بأي ثبوت العتق في المجهول) لانه لا يفسد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع
(وانما صحناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعالوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر
بقصد الضرورة وهي في النفس) لانها محل العتق (دون الاطراف) لانها محل حل تبعاً فيبقى العبد مملوك كافي حق الاطراف على أصل
القياس قال (ومن نقأ عني مملوك) هذه المسئلة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وفاس
على ما اذا قطع يدى حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع إحدى يديه وفقاً إحدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في
حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصر اعليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية
بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف ولانها أولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسالك الاموال
(قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف) أقول فيه بحث

وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها (٣٧٥) بفوات الذات فكان اتلاف الأطراف

وإذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية لما ناله بخلاف ما إذا فُت عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع إحدى اليدين وفق إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فلا دمية غير مهدة فيه وفي الأطراف أيضا ألا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الأدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيما ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة

ما قاله هنالك ان المالية التي هي أدنى من الأدمية مهدة في حق ذات العبد لانه عذر الجمع بينهما وبين الأدمية وانما المعتبرة فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد ودرجتهما الله وممدلول كلامه هنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فيمن مات دفع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لان اعتبارها في حق الذات أي في جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلا تفرق الذات بجميع البدن وليس يصح لان جميع البدن من الأطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم نجيبك ببذلك قالوا بحسد لارواح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الأطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلا تفرق لعل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف وليس بسد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الأطراف لجواز أن يكون ايجابه اياه لا دمية كافي الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني ان اعتبار المالية في الأطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال أي في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس لا في الأطراف ووجوب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الأطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة السابقة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد ودرجتهما الله وان كان في استفادته من عبارة المصنف هنا عمل كسير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هنالك من قبل أبي يوسف وكلامه هنا مسوق لاقامة الجثة على الشافعي من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كالأدب على الفطن واعمل صاحب السكا في تفتن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتضي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فلا دمية غير مهدة فيه وفي الأطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان ان المالية والأدمية معتبران معا في ذات العبد أي نفسه وأطرافه أيضا

كان اتلاف الذات من وجهه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضي (تلك الجثة دفعا للضرر ورعاية لما ناله بخلاف ما إذا فُت عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع إحدى اليدين وفق إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس * ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمه الله فقال (ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد رحمه الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه) وهو قوله وقالان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فلا دمية غير مهدة فيه وفي الأطراف أيضا)

ألا ترى ان عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الأولى) أي الأدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفنائت من الطرف بل يكون بازا الفنائت لا غير كافي فق عيني الحر (ولا يتملك الجثة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والجثة وتلك الجثة كافي بخربق الثوب (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعا بل بأزاء النسب لا غير وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء لجانب الأدمية حيث جعله كالثوب الخرق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحرق قتي عينا فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظر إلى المالية وإن شاء أمسكه ولا شيء له نظر إلى الأدمية والله أعلم

فصل في جنابة المديبر وأم الولد (٣٧٦) لما ذكر باب جنابة المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في

استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أخطر رتبة منه في اسم المملوكية وهو المديبر وأم الولد غير أن أم الولد أخط رتبة أيضا من المديبر في ذلك الاسم حتى إن القاضي لو قضى بجواز بيعه لانيقذ بخلاف المديبر وهي أنثى أيضا فالأفونة والانشطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المديبر قال (وإذا جنى المديبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الخ) جنابة المديبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة (لما روى أن أبا عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه قضى بجنابة المديبر على مولاه) وكان أميراً بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم وكان حكمه يحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الإجماع (ولأنه صار مانعاً من تسليمه) كما ذكره في الكتاب

ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جنابة المديبر وأم الولد (٣٧٦) قال (وإذا جنى المديبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجنابة المديبر على مولاه ولأنه صار مانعاً من تسليمه في الجنابة بالتدبير والاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم وأنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لا حق لولي الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا محالة بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفقد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المديبر وإن توالى لا توجب الأقيمة واحدة) لأنه لا يمنع منه إلا في رقبة واحدة ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فلهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل إن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله هي الأدمية دون المالية فأنهم مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجنابة ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدينية قص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم إلا أن يحمل قوله هنا أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد القرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه ولكنه لا يتناول عن بعد

فصل في جنابة المديبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما ما (٣٧٦) لما ذكر باب جنابة المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أخطر رتبة في اسم المملوكية وهو المديبر وأم الولد كذا في الشرح قال بعض الفضلاء فيه إن الملك كامل في المديبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فإنه على العكس أي (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح إن كمال الملك في المديبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث عداكهما المولى بدور رقبة بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي أدمية الملك في العبد فإن مولاه كما يملكه بدور رقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المديبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيه من جهة البيع والهبة وأشياءهما لأنهم لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله ولا يخفى أن أدمية الملك في العبد كافية في تقديمه على المديبر وأم الولد في الذكرك في باب جنابة المملوك والجناية عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لا حق لولي الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الأقل والاكثر) واضح

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرق قتي عينا) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ فبالله اعتبره هنا الأدمية

فصل في جنابة المديبر وأم الولد (٣٧٦) (قوله وهو العبد) أقول الأول وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أخطر رتبة في اسم المملوكية وهو المديبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل في المديبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فإنه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالحصاص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه) قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في الميسر قال وإذا قتل المدير رجلا خطأ وقيمه ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني وقيمه ألفان ولولم يكن منه إلا تلك الجنابة لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم ألف من هذا المولى القليل الأوسط خاصة لأن المولى الأول انما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك للمولى القليل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين ولي القليل الأول وبين الأوسط لأنه لاحق في هذه الخمسمائة للمولى القليل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيه الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جيعا يضرب فيها الألف بربع عشرة آلاف لأنه ما وصل إليه شيء

من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف الألف لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ في المراتين وانما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شيء عليه) أي على المولى لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجناباته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار) أي فولي الجنابة الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولي الجنابة الأولى) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا شيء على المولى

ويتضاربون بالحصاص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة على ولي الأول بقضاء فلا شيء عليه) لأنه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجنابة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا يبي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وولي الأول ضامن بقض حقه ظلما فيخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه جعلت كالمقارنة في حق التضمين لا بطله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين

قالوا قدم من هو أكمل في استحقاق اسم الملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعني لما علمنا بشبهه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما وجب أن نعمل بشبهه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر اذ الخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبهه المقارنة في حق تشريك ولي الجنابة الثانية لولي الجنابة الأولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجنابة الأولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجنابة الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكما علمنا بشبهه المقارنة فشركا ولي الثانية لولي الأولى كما دل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى فاذا وقع العمل بشبهه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبهه مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للأولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذ اوقع بغير قضاء لأنه أبط ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذ اوقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهه المقارنة والتأخر اهـ وقدنفه له صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف في موضعه فلما أمكن العمل به ما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح

(٤٨٠ - تسكمه ثامن) لأنه ليس بجاني في الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لأنه فعل بنفسه عين ما بأمره القاضي لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كافي الرجوع في الهبة ولأبي حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلا ندفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وأما القابض وهو ولي الجنابة الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظمنا والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى في حق التضمين لا بطله) أي ابطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الجنابة الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتباره منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنابتين سواء فجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنابتين جميعا وهما لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما علمنا بسببه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقها واجب أن يعمل بسببه المقارنة في حق تضمن نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمن إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما يتعلق به حتى الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع بلا شبهة المقارنة والتأخر وقوله (وإذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

لماذا كره حكم المدبر في الجنابة (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(وإذا أعتق المولى المدبر وقد جن جنابات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما واجب عليه بالبيع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء مانع من الدفع كالسديير (وإذا أقر المدبر بجنابة الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق أولم يعتق) لان موجب جنابة الخطأ على سيده واقراره لا ينفذ على السيد والله أعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لاشي عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأقصة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ذلك لولم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقفا على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضا أن يقال يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة الاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجنابة فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

قال في النهاية لماذا كره حكم المدبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتي أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وقتور أما أولا فلا ن وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه وأما ثانيا فلا ن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجنابة عليه أو الجنابة منه فكان من حكم المدبر في الجنابة فامعنى قوله لماذا كره حكم المدبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما ثالثا فلا ن الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لماذا كره حكم العبد والمدبر في الجنابة شرع في بيان ما يرد عليه وما يرد منه ما ذكر حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران منه ما وردن عليه أيضا كما ترى وقال في غاية البيان لماذا كره جنابة العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنابته مامع غصمها لان المفرد قبل المركب ثم نحر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقريب بأحسن منه نذكر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأقصة سماوية الخ)

يدعيه ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأقصة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشريك لولي الجنابة الاولى ثم الاولى تبدل النصف ببعض

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تسديل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس

بسبب الملك وصفا والغاصب لا يملك الابداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه لان معنى قوله هم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هذرا الآن ينسب ذلك الى غير الخاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافا الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأقصة سماوية فيضمن فليست أمثل

فكانت السرية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا (وكيف لا يكون مستردا) (وانه استولى عليه وهو استردا فيبر الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السرية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السرية انما تنقطع به باعتبار تبديل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جنباية الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السرية وان لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السرية ثبتت عليه حكما لاحقيقة (٣٧٩) لان بعد الغصب لم تثبت يده

على العبد حقيقة والنايب حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باقصال السرية الى فعل المولى فمقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لان سلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان بكاهما والسيد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عندوانا لا تصلح معارضا ولا هربحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بافعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للقاء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجنباية

فكانت السرية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانما استولى عليه وهو استردا فيبر الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فبات في يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا خفي عنده جنباية ثم رده على المولى فجنى عنده جنباية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للقاء فيصير مطلقا حق أولياء الجنباية اذ حقهم فيه ولم يمنع الارقية واحدة فلا يرد على قيمتها ويكون بين ولي الجنباية وبين نصفين لا ستوائهم ما في الموجب قال (و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البديل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهما السبب قال (ويدفعه الى ولي الجنباية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله) واعترض الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السرية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السرية انما تنقطع به باعتبار تبديل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنباية الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السرية وان لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السرية ثبتت عليه حكما لاحقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والنايب حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باقصال السرية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشئ وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيان أو رد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لان سلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان بكاهما والسيد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عندوانا لا تصلح معارضا ولا هربحا انتهت (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

حدث من المدبر في المستقبل فصار هذا منزلة اعتناق العبد الجاني من غير علم بجنبايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذلك هذا وقوله (فيصير) ظاهر وقوله (فصار) كما اذا استحق نصف العبد بهما السبب (أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فصرده الى المولى فجنى جنباية فدفع الى ولي الجنباية) كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجنباية الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجنباية (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله)

(قوله لان السرية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

وقال محمد رحمه الله يرجع

بنصف قيمته فيسلم له) أى لا يدفعه الى ولي الجنابة الاولى (لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه لثلاثا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولثلاثا يتكرر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجنابة الاولى عوضا عما أخذه ولي الجنابة الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد (ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وانما انتقص حقه بمرأه الثانية فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا أخذه اتماما لحقه واذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب) واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكمي حق التضمن لا غير والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير من أحرم وأمكن توفير مو جها فلا يجتمع بلا مانع

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كى لا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكى لا يتكرر الاستحقاق وله ما أن حق الأول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وانما انتقص باعتبار مرأه الثانية فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليه حقه فاذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب

وأما سند معه فليس بتمام أيضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشيء الواحد بدان حكميتان بكما له من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سرية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتباره ثبوت يده عليه حقيقة فاختلقت الجهتان (قوله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كى لا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولي الجنابة الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولي الجنابة الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اهـ (أقول) نفسه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه ولي الجنابة الثانية والجنابة الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجنابة التي صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهد في مثل ذلك على ذى اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما منتطع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجنابة الاولى عوضا عما أخذه ولي الجنابة الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الآن في تقريره مساع التخصص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجنابة الاولى لاقى جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما فانه محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره وجهه والشراح وعراه صاحب الغاية الى الامام فاضل خان حيث قال وجوابه ما قال نضر الدين فاضل خان ان ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجنابة الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجنابة الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز أن يكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اهـ (قوله وله ما أن حق الأول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وانما انتقص باعتبار مرأه الثانية الخ) قال في العناية واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكما فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكمي حق التضمن لا غير والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير من أحرم وأمكن توفير مو جها فلا يمتنع بلا مانع اهـ (أقول) في الجواب بحث لا نالنا أن المقارنة جعلت حكمي حق التضمن لا غير بل جعلت حكما أيضا في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية لولى الجنابة الاولى كما أرشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكم من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الثانية الاولى اهـ فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية أيضا كان ولي الجنابة الثانية من اجال لولى الجنابة الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ لولى الجنابة الاولى وحده كل القيمة مع مرأه الثانية في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الرضع وحكمه فاذ كره ور بالاتفاق والفرق
لمحمد رجه الله بينهم وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب (٣٨١) الى ولي الجنابة الاولى لم يؤدى الى

الجمع بين البذل والمبدل
لانها كانت الجنابة الاولى
عند المولى كان ما اخذه
المولى من الغاصب بدلا عما
دفع الى ولي الجنابة الثانية
دون الاولى لان الثانية هي
الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع
اليه لا يلزم بالدفع جمع بين
البذل والمبدل وقوله (ثم
وضع) يعنى أن محمد رجه
الله وضع في الجامع الصغير
هذه المسئلة الى المبدل
ما رضعها في المبدل وكلامه
فيه واضح وقوله (ومن
غصب مبدرا فجنى عنده
جنابة) كذلك وقوله (ثم
قبل هذه المسئلة على

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جنابة أخرى فعلى المولى قيمته بينهما ما
انصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل
بالجنابة الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فمده الى ولي الجنابة الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجتماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جنابة أخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنابةين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فمده الى الاول ويرجع
به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فمده
الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المبدل في جميع ما ذكرنا الا أن في هذا الفصل يدفع
المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مبدرا فجنى عنده جنابة ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جنابة فعلى المولى قيمته بينهما ما انصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنابتين كانتا في يد الغاصب (في دفع نصفها الى
الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجنابة عليه لاحق بغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من
بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى
ولي الجنابة الاولى ولا الى ولي الجنابة الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الاول الذي
يرجع به عوض عما سلم لولي الجنابة الاولى لان الجنابة الثانية كانت في يد المالك ولو دفع اليه ثانيا
يشكر والاستحقاق

الاختلاف) يعنى قال بعض
المشايخ رجه الله في هذه
المسئلة خلاف محمد رجه الله
أيضا كما في المسئلة الاولى
حتى يسلم للمولى ما رجع
به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجنابة
الاولى ما بقي من حقه وقيل
على الاتفاق ويأخذ ولي
الجنابة الاولى تمام حقه
وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب قبل
وهذا هو الصحيح لان محمد
رجه الله ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير بدلا
خلاف وكذا قدره غير
الاسلام رجه الله وغيره

بالاجماع فليأمل في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجنابة الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق
حق الاول) أقول القائل أن يقول ان كان حق ولي الجنابة الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكليها
كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا في النصف ينبغى أن لا تكون اتى وجبت على المولى بين ولى
الجنابتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغى أن يكون بينهما ما لا ثالث لهما لولى الجنابة
الاولى وثلاثة لولى الجنابة الثانية لان حق ولي الجنابة الاولى قد يتعلق بكل القيمة كما صرح به
المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولي الجنابة الثانية
بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجنابة الاولى فينبغى أن يتضارب في القيمة
بقدر حقيهما فيها اذ قدم في الفصل السابق أن جنابات المبدل اذا توالى لا توجب الاقيمة واحدة
لانه لا يمنع من المولى الا في رقبة واحدة وأولياء الجنابات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي
الجنابة الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتراحم فيكون حقه الباقي له نصفها
وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا في النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب
ثانيا الى ولي الجنابة الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولى الجنابة الاولى الا أنه يسقط نصفها بالتراحم
فلما اندفع التراحم بوصول حق ولي الجنابة الاولى اليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولي الجنابة
الثانية في النصف الساقط بالتراحم اليه كحق ولي الجنابة الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار
الشق الثاني ويقال في الفرق بين ولى الجنابتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها
بتراحم الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكيفية وحق الثاني أيضا يتعلق بكليها ولكن يسقط نصفها

في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رجه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن

(قوله قبل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق له الاستحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صيداً حراً) أي ذهب به غير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكاة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في حقيقته وكلامه ظاهر خلا أنه يريد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتباً ونقله إلى هذه الأماكن وذلك لأنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في نفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحرة الكبير والحرة الكبير في نفسه فكذلك المكاتب وإن كان صغيراً فإن قيل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعدياً فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن يتظر إن كان الناقل قبيحاً ولم يمكن التحرر عنه ضمن لأن المغموص (٣٨٣) يحجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من

حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التالف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيّد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (وإذا أودع صبي عبداً فقتله) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عبداً جدي ماله فهلك في يده لا ضمان عليه بالأجماع وإن استملكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً في التجارة يضمن بالأجماع وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر واه ضمن بالأجماع وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول

فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال (ومن غصب صيداً حراً غات في يده فجاءه أو بجمي فليس عليه شيء وإن مات من صاعقة أو من سمية حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر إذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالتلاف وهذا التلاف تسبباً لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعدي فيه وقد زال حفظ الولي فيضاف إليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بجمي لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحي والارض تقول بأنه يضمن فيجب الدية على العاقلة لكونه قتلًا تسبباً قال (وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلة الدية وإن أودع طعاماً كله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه ماله فاستملكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الأقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعلاً معتبر لهما أنه أئلف ماله متقوماً معصوماً حاداً ماله لکه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً

بالكلية بتزاحم الأول وذلك لأنه لا حق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى فأنقذت سبباً موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقص حقه إنما كان به ارض حدود المراجعة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنقذ سبباً موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقر عندهم وفي مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تبسر من الكلام في توجيه المقام (قوله) فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال صاحب العناية فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن

أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله لا في الحال ولا بعد الإدراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استملك مال الغير من غير أن يكون عنده ودية ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه نفي الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا أو أضاف غير من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيان والتمرنائي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا قهوا هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً

(قوله فيه) نظراً فإن الجناية الثانية الخ أقول فيه نظراً فإنه لما أخذ المولى الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لوجده شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله (وكذا إذا أتلفه غيره الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المثلث رزق كان التسليم على الاستهلاك في حق الصبي المودع
لثبت في حق غيره أيضا لأن المال الذي سيطر على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليم
تحويل يده في المال إليه وقوله (في يد مانعة) أي من الإيداع والاعارة يعني أن المودع وضع المال في يد مانعة عن الإيداع ومن
فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد غصب يد غيره عليه باختباره إلا إذا كان وضعه فيها إقامة غير مقام نفسه في الحفظ ولم
يوجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا الصبي على نفسه فكان تضيمه من جهته وفي قوله (لأنه لا ولاية له على الصبي) نظر لأن إقامة
غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والآن نسرد باب الوديعة ويمكن أن يقال إنما قال ذلك جوابا
على ما قال لو كان الإيداع من الصبي تسليطه على الاتلاف ضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظه لأن التسليم إليه
تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فمكانه قال إقامة غيره مقام نفسه تستلزم أملا ولاية القيم على
من أقامه مقامه كافي هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كافي سائر صور (٣٨٣)

في إيداع الصبي الاجنبي
وقوله (لأن عصمته لحقه)
أي لحق العبد يعني
لأنه اعتبارا أن المالك يعصمه
لأن عصمة المالك إنما
تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك
حتى يتمكن غيره من
الاستهلاك بالتسليم وليس
للمولى ولاية استهلاك عبده
فلا يجوز له تمكن غيره
من الاستهلاك فلما لم
يوجد التسليم منه يضمن
المستهلك سواء كان صغيرا
أو كبيرا بخلاف سائر
الاموال فإن المالك أن
يستملكها فيجوز تمكن
غيره من استهلاكها
بالتسليم وتوقف عما إذا
أودع الصبي شاة فنفقها
فانه لا يضمن ورب الشاة
ما كان يملك ذلك بحكم
ملكه فلم يوجد التسليم

وكذا إذا أتلفه غيره الصبي في يد الصبي المودع - ولا يضمنه ومحمد أنه أتلف ما لا غير معصوم فلا يجب
الضمان كما إذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لأن العصمة تثبت حقه وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال
في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة فهو لا ولاية له على
الاستقلال على الصبي ولا الصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لأن إلهما ولاية على أنفسهما
وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه اذ هو مبيع على أصل الحرية في حق الدم
وبخلاف ما إذا أتلفه غيره الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالاضافة إلى الصبي الذي وضع في يده
المال دون غيره قال (وإن استهلك ما لا ضمن) يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤخذ بأفعاله
وهذه القصة لا معتبر بها في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

باب القسامة

قال (وإذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خمسة رجال منهم)

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقه أول مرة ولم يبق لوليه الاستحقاق حتى يجعل المأخوذ
من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف
رحمه الله فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن
أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبني نظره المزبور عليه
ولاشك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي
كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا
انجاء أصلا لما قال وماذا بعد الحق إلا الضلال

باب القسامة

لما كان أمر القتل يؤل إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الدييات ثم إن

والجواب أن كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنيا أو شاة ليست كذلك وإنما لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان
كالنسب وقوله (لأنه سقطت العصمة بالاضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي
إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

باب القسامة

لما كان أمر القتل في بعض الأحوال يؤل إلى القسامة ذكرها في آخر الدييات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الأقسام
وفي الشرع إيمان بقدرتهم أهل محلة أو دار وجودهم في قتل به أثر بقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتل
فيما ذكرنا وركن الجراء اليمين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليم) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول في تسمية النظر تأمل

باب القسامة

بتحريمهم الرى بانه ما قتلناه ولا علمنا له قاتله (وقال الشافعى اذا كان هناك لوث استجاب الاولياء بحسين
عينا وبقضى اوسم بالدية على المدعى عليه عندا كتبت الدعوى أو خطا وقال مالك يقضى بالشهود اذا
كتبت الدعوى فى القتل العمد وشواهد قولى الشافعى والثبوت عندهما ان يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه أو ظاهرا يشهد للمدعى من عداوة نائرة أو شبهة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل
المحلة قتلوه

القسامة فى الله اسم رضع ووضع الاسم كذا فى عامة النبروح أخذ من المغرب وقال فى معراج
الذرية القسامة لغة مصدر رضع قسامة أو اسم رضع موضع الاقسام انتهى أقول لا يرى وجه صحة
لكون القسامة مصدرا قسما كالا يخفى على من له دربة بعلم الادب وأما فى الشريعة فهى أيمان يقسم
بها أهل محلة أو دار ووجد فيها قاتل به أثر جراحة يقول كل منهم بانه ما قتلته وما علمت له قاتلا كذا
فى العناية أقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القاتل فى محلة ولا فى دار بل فى موضع خارج
من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصرير منه مع أنه يجب فى هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما
صرحوا به ويجوز على الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ما هو الا كثرة وقوعه لان المقام مقام تعريف
لمعنى القسامة فى الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً ومنعاً كالا يخفى فالأولى أن يراعى عليه قيود وبطل
شئ فى الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث
يسمع الصرير منه اذا وجد فى شئ منها قاتل به أثر لايه لم من قتله يقول كل واحد منهم بانه ما قتلته ولا
علمت له قاتلا وقال فى النهاية وأما تفسير هاشمى وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه قال فى القاتل
يوجد فى محلة أو دار رجل فى المصران كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم
خمسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بانه ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى أقول فيه سماعة لا يخفى
فان ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر فى النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة
شرعاً فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن
يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر لكنه فى موضع بيان معنى القسامة شرعاً فى أول الباب
تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال فى النهاية وأما شرطها فانه أن يكون القسم رجلاً بالغاً اقلاً
حراً فلذلك لم يدخل فى القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون فى البيت الموجود أثر القتل
وأما لوجوده ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شروطها أيضاً تكميل اليمين باليمين انتهى وفى
غاية البيان أيضاً كذلك أقول فيه كلام أما أولاً فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها أيضاً أن
لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكنه يجب القصاص أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القاتل من
بنى آدم فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القاتل لان القسامة
يمين واليمين لا تصح بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر
ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ومنها
أن يكون الموضع الذى وجد فيه القاتل ملكاً لاحد أو فى يد أحد فان لم يكن ملكاً لاحد ولا فى يد أحد أصلاً
فلا قسامة فيه ولا دية ومنها أن لا يكون القاتل ملكاً لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولا دية
فى قن أو مدبر أو أم وأد أو مكاتب أو مآذون وجد قتيلاً فى دار مولاه نص فى البدائع على هاتيك الشروط
كلها بالوجه الذى ذكرناه مع زيادة تفصيل لما وجد ذكر بعض الشروط وتركها كثيراً وأما ثانياً فانه
اذا وجد قاتل فى دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص
عليه فى البدائع وقال ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى فاما معنى جعل كون المقسم
حرّاً من شروطها اللهم الا أن يشأ المالك حريداً وان لم يكن حرّاً رقبته ككما صرحوا به ومضى

وشروطها بالبرخ المقسم وعقله
وسرته ووحد أو زنا القتل
فى البيت وتكميل اليمين
نفسين وعنده القضاء
بوجوب الدية ان حلوا
والجس الى المخلط أو
ان ادعى الرى العمد بالدية
عند النكول ان ادعى الخطأ
وشعارها تعظيم خطر الدماء
وسبباتها عن الاضرار
وخلص المتهم بالقتل عن
الفصاص ودليل شرعيتها
الاحاديث المذكورة على
ما سبق وقوله (بتحريم
الرى) أى يختار من القوم
من يحلفهم وقوله (بانه
ما قتلناه) على طريق الحكاية
عن الجميع وأما عند الحلف
فيحلف كل واحد منهم بانه
ما قتلته ولا يحلف بانه
ما قتلنا لحواله بأنه باشر القتل
بنفسه فيجوز على اليمين
بانه ما قتلنا

(قوله) وشروطها بالبرخ المقسم
وعقله وسرته) أقول
وذكره ويجوز أن يقال
أشار اليه بلفظ المقسم وفيه
شئ والاصوب أن يقال
المراء من أهل القسامة فى
الجزء لا يرى اذا وجد قاتل
فى قرية لا امرأة فعند أبي
حنيفة ومحمد القسامة
عليها كما يجب على آخر الباب

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يرد على الولي فان حلفوا لادبية عليهم الشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام لا اوباء فيقسم منكم خسون أنهم قتله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب البدن اذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كافي النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسمات وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المتبدل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتحريم الولي اشارة الى أن خيار تعيين الخسنيين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يثمه بالقتل أو يختار صالحا أمل الحيلة لما أن تحريمهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحريم فظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجلة فجاز اشتراط الحرية في القسمات مطلقة ابتداء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية بشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية وجود أثر القتل في الميت وتكامل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاختلال رائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطا أيضا ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالا لان أحدهما انه اكتفى في افادته ذلك الشرط أيضا بتدكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتدكير الضمير في قوله وعقله وحرية وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا في أحكام الشرع وثانها انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسمات على المرأة في مسئلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتل في قرية لا مرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسمات تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسمات على العاقله أيضا فكانت المرأة أهلا للقسمات في الجلة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا) أقول في تحريم المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدلم أو من قبل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله وأظهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانيا فلان أراد الضمير المفرد في قوله فذهب بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعي عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخير فحوا الكرم والتقوى والنوكل على الله والائمة من قرش وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تخليف غير المدعي عليه من أهل الحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خسون رجلا من أهل الحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجيء وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب) أي مذهب الشافعي رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كافي سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعي عليه لان الاصل براءة ذمته فأما في القسمات فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له وبقيته كلامه واضح (قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن لوث فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

وفائدة اليمين النكول فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون بفيدعين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيدعين الطالح ولو اختاروا أمي أو محدودا في قذف جاز لأنه عيين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستخلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانهم ولأن اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

وقال وهكذا الجواب في المبط وإن لم يقد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالخديث المذكور فلا يصح التعديل به اللهم الآن يقال يجوز أن يثبت به المدعى ذنا وجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق التسمية بين الخصمين والقسمه تنافي الشركة وقد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمه تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمه الشركة انما تقتضى أن لا يحلف المدعى لأن لا يحلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل توقف (قوله وفائدة اليمين النكول فإذا كانوا لا يباشرون ويعلمون بفيدعين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيدعين الطالح) أقول لفائدة هنالك المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسئلة حبس النا كل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجر دنكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسمه لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيأتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذلك كراتل المقدمة ههنا ولقد أبلغ صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرزون الفسقة فاذا علموا قاتل فيه لم تظهر رودة ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله في الفائدة في استحلافهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال فان قيل أية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لوعلموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قوله ولم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاشهادة لائمهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاشهادة لجار المغنم ولا دافع المغرم قيل انما استخلفوا على العلم انباء السنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائر أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مقيدا وجائزا أن يقر على عبده غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا لجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله احرا أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم

وقوله (لأنه عيين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجزى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والاعنى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أي على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانهم) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لخواشجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من خيبر يتشخط في دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتييل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبير الكبير فتكلم أحد عميه حويصة أو محبيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتلوا قالوا ومن يقتل سوى اليهود

ولنا أن النبي عليه السلام جع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي حريم
وكذا جع عمر رضي الله عنه بين ما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء
عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا
نكحو ابل شرعت ليظهر القصاص يتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص

وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والنا في أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أحرصيا أو مجنوناً أو عبداً
مجبوراً بالقتل فلما أقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي
أمره بقتله لكان حاصل الأيمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً إلى هنا لفظ البدائع فليكن
هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض
الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية وانما واده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده
وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول
الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانهم وانما لم يجز القسامة
بينهم لعدم طلب أولياء القتل أياها حيث قالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
ومطالبة ولي القتل بالقسامة شرط لأجرائها على المصوم كما عرفت فيهما أمر أثناء أن ذكرنا شروط
القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع وانما واده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من
ابل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البراءة وقد أفصح عنه صاحب النهاية
ومعراج الدراية هنا حيث قال لا بعد نقل الحديث وانما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه تجوز الجمالة عن
أهل الذمة فان قضاء دين الغير بره وأهل الذمة من أهل البراءة حتى جاز عندنا صرف الكفارات
اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الأعلى سبيل الاستعراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه
انما يحتاج اليه على ما روى من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كما وقع في الصحيحين وأما
ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي فصرح على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين
عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في
مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فيجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية
على اليهود صريحاً وقد ذكره المصنف اجمالاً من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه
السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وقضاه الشراح حيث
قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله
صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار ووجد في حب اليهود بخير وذكروا الحديث إلى أن قال فالزم رسول
الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر ايجاب القسامة والدية معاً على اليهود وظاهر
على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر ان هذا قتيل وجد
بين أظهركم في الذي يخرج به عنكم فكتبوا له ان مثل هذا الحادثة وقعت في بني اسرائيل فأمر الله
تعالى على موسى عليه السلام أمر افان كنت نبياً فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى
أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية قالوا لا قد
قضيت فينا بالناموس أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث
المرجوع عن عدم الاطاعة بوجوب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة
ما شرعت لتجب الدية اذا نكحو ابل شرعت ليظهر القصاص يتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل
فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولان

قال عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانهم
فقالوا لا نرضى بأيمان قوم
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
فقال عليه الصلاة والسلام
أتحلفون وتستحقون دم
صاحبكم فقالوا كيف نحلف
على أمر لم نعاين ولم نشاهد
فذكره رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن يبطل دمه
فوداه بمائة من ابل الصدقة
واستدل الشافعي رحمه الله
بقوله عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانهم على
أنه لادية بعد الحلف والا لما
كان ثمة براءة وادعة قبيلة
من همدان

(قال المصنف ولنا أنه
جع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل) أقول
فيه بحث فانه لم يجز بينهم
القسامة بالكلية وانما واده
رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده وفي رواية
من ابل الصدقة على ما ذكر
في الصحيحين وغيرهما
ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر الوجود القتل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لآدم الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط به بذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم والدعوى في العمد أو الخطأ لا يتم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأبائهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة ويقال الولي لك ينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه بمنا واحدة ووجهه أن القياس بأبائه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لكن يرد عليه أنه لما نجا بما إذا ادعى ولي القتل القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر بذلك فان حلفوا وحصلت البراءة عنه وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لأن الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر بأنه فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولي القتل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز أن وقع القتل منهم عمدا ولم يعلمه الولي بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ فلو أقر بيه خطأ فلو أقر واقع مثل ذلك بالقتل العمد فتحرز عن الإيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا وحصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بيمينه قتل قريبه عمدا أو خطأ استحلف خصون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجي في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر الوجود القتل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه لذلك قوله لا ينكولهم هنا بل الحق أن يذكر بدله لأبائهم لا أنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فأنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا ينكولهم بما نحن بصدده ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي لا ملازما كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملازما كما في سائر الدعاوى فالدافع له أن يقال الدية إنما يجب بالقتل الموجد منهم ظاهر لا بأيمانهم فلم يكن اليمين ملازما هنا كما في سائر الدعاوى فقوله لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بدله لأبائهم كما لا يخفى (قوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا إذا ادعى الولي القتل عمدا أما إذا ادعاه خطأ فتكفل أهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيده أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة إلا أن صاحب النهاية والعناية قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا أو الحبس حتى يحلفوا ان أبو الوادعي الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهرا ما ذكرناه هناك يطابق ما ذكرناه تاج الشريعة ههنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلاله قوله فيما بعده هذا الذي

وقوله (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكره بقوله وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خصون رجال منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل الحلة لأنه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فمن وجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أو جبناهما
لا وجبناهما بالقياس وهو ممنوع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له يمينه وإن لم تكن استحلفه
يميناً واحدة لأنه ليس بقسامة لأنه عدم النص وامتناع القياس ثم إن حلف برئ وإن نكل والدعوى
في المال ثبت به وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى قال (وإن لم يكمل
أهل الحلة كررت الإيمان عليهم حتى يتم خمسين) لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة
وإلى اليه تسعة وأربعون رجلاً فكرّر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
شريح والخضري رحمه الله مثل ذلك ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه
الوقوف على الفائدة لشبوتهم بالسنة ثم فيه استعظام أضرار الدم فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي
أن يكرره على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال قال (ولا قسامة على صبي
ولا جنون) لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

وقوله (على اختلاف مضي
في كتاب الدعوى) بين أبي
حنيفة وصاحبيه حيث
قال ومن ادعى قصاصاً على
غيره فجحد استحلف بالاجماع
الخ قال (وإن لم يكمل أهل
الحلة خمسين) وإلى اليه أي
أقضى اليه وأهل اللغة يقولون
واقفة

ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل الحلة وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد
أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف النسا كل موجب النكول في كل واحدة من صورتين دعوى العمد
ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلعت وأجواب هذه المسئلة وكذا أطلعت
الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر
ثقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدره هذا الباب بحكم القسامة
القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي إذا حلفوا برئوا وأما إذا أبا القسامة
فحبسوا حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فإنه جرى في بيان حكمها أيضاً على الإطلاق كما ترى ثم أقول
التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم إن نكوا وحبسوا حتى يحلفوا على
الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والآخرى أنهم إن نكوا ولا يحبسون بل يقضى بالدية على
عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه
في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فشكلوا عن
الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال
لا يحبسون وإن نكل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان
ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول إلى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي
ههنا اشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف
بالاجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف
أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فقتضى اطلاق
ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضاً والقضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد
وإن ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة
هو الحبس إلى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضاً في المحيط
والخبر أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضاً عند النكول لكن
يبقى اشكال الثاني بين ما ذكر في المقام بين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقاً
فتأمل في الدفع (وقوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل الحلة لأنه لا فصل في اطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فمن وجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه يبحث لأنه إن أراد باطلاق النصوص
اطلاقها بحسب الظاهر فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعاً إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا
لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذا القتل في العرف من فانت حياته بسبب يباشره
وهذا ميت خفف نفسه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم
القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر
ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخبر ج منه الا بقول من جهة
الحية عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه الخارج عادة بغير فعل
أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس
في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه
الرأس أو وجد دبره أو وجد له أو رأسه فلا شيء عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في
البدن الا أن لاكثر حكم الكل تعظيما لا دمي بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا
تجري فيه القسامة

لو ارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا
به فذكر بأن تكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى
بدمي القتل عليهم كذا كرفي وجهه القياس وان أراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع
اذ لم يستمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الوفاة القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كالا يخفى
على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهم ليسوا من أهل النصرة
واليمين على أهلها) قول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تجي في آخر هذا الباب
وهي أنه لو وجد قتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليهم القسامة يكرر عليها الايمان والدية على
عاقبتها وأما عند أبي يوسف والقسامة أيضا على العاقلة انتمت وسيجي في كتاب المعامل ما يعلق بها
من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر
حكم الكل تعظيما لا دمي بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة) يعني أن
وجوب القسامة على أهل المحلة وجوب الدية على عوائلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد
في كل البدن وأكثر البدن كل حكا وان لم يكن كلاحقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب
القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل أصلا لاحقيقة ولا حكا فبقى على أصل القياس فلم
تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة
أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة
والدية والتخليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتل أو
أكثر من نصف البدن في هاتين المحلتين لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها ان الموجود فيها في
هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحق به فلم يتم التقريب اللهم
الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا
كما صرحوا به فيصير قول المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لا دمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة
أو حكا فيتم التقريب بهذا التاويل ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس
يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد
صفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد دبره أو رأسه فلا شيء عليهم
ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا يحصل تمام التقريب
قالوا في أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

وغير ذكره لا تف وسكنه
سكنهم دبره وذكره وذكر
أشبه مضطحا وقد قيل
أما بعد من يحرقه أو يجمعه
وأما ما ذكر من رأسه ما
فيه قتل يصح دله على
القتل كرمشتر المسموم
في شرح الزيارات وكلامه
ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم
القسم) أقول فيه أنه تكرار
(قال المصنف الآن لا أكثر
حكم الكل تعظيما لا دمي)
أقول فيه بحث لان هذا
قياس

وقوله (ولانا لواعترنا به مجتمع فيه القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ (٣٩١) يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب

بالاكثر اذا وجب وكذلك
لو وجب بالنصف لو وجب
بالنصف الاخر فتكرر
القسامتان والديتان بمقابلته
نفس واحدة وذلك لا يجوز
فان قيل ينبغي أن نجيب
القسامة اذا وجد الرأس

ولانا لواعترنا به تتكرر القسامتان والديتان بمقابلته نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه أن الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى
فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا نسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر
(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان
كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا
(وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه ينفصل ميتا لا حيا

لانه يعبر به عن جميع البدن
أجيب بأن ذلك بطريق
المجاز والمعتبر هو الحقيقة
ولانه لو وجبت به لو جبت
بالبدن بطريق الاولى فلزم
التكرار وقيل كان ينبغي أن
يقول تتكرر القسامة
والدية بلفظ المفرد دون
التثنية لان غرضه ثبوت
القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبارة التثنية
تستلزم أن يكون أكثر من
القسامتين والديتين ويجوز
أن يكون مراده القسامتان
والديتان على القطعتين
يتكرر ان في خسين نفسا
وقوله (والمعنى ما أشرنا
اليه) يريد به التكرار
المذكور وعدمه وقوله (لان
الظاهر أن تام الخلق ينفصل
حيا) اعترض عليه بأن
الظاهر يصلح للدفع دون
الاستحقاق ولهذا قلنا في
عين الصبي وذكروه واسائه
اذ لم تعلم صحته حكومة

الشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سواها ليس بكل أصلا لا حقيقة
ولاحكاما فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف
الأن لا أكثر حكم الكل تعظيما لا دمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك
بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما مرشد اليه قوله ولا ملحق
به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة
النص كما لا يخفى (قوله ولا نالوا اعتبارنا به تتكرر القسامتان والديتان بمقابلته نفس واحدة ولا تتواليان) يعني
لو وجبت بالاقل لو جبت بالاكثر أيضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الاخر أيضا
اذا وجد فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررتين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي أن يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكروهما بلفظ التثنية
لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين
يتكرر ان في خسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان
يقسمهم خمسة من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلته دم انسان فكيف
يتصور أن يتحققا في كل واحد من خسين نفسا حتى يفتح توجيه ~~تتكرر~~ القسامتين والديتين على
القطعتين يتكررهما في خسين نفسا وانما الموجود في أحد خسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسهما
والكلام في اسناد التكرار الى نفس القسامتين والديتين فلا مسأغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه
أن الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان
الباقي نصف التمثيل مشقوبا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجرى فيه القسامة اذ قد
صرح فيما قبل بأن ان وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في
الموجود الاول أيضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فان نقص بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال
لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامة تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب
فلا شيء على أهل المحلة) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء قد ورد من وجوه الاول أن الجنين على
ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في
بطن أمه أو ما وجوده مع أمه فهو بمنزلة ما نحن فيه لكون الحكم هناك للام دون الجنين والثاني أن
ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه
والجنين بعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ
لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخلق أيضا كما نقرر فيما سبق فلاقتصار هنا على نفي أثر
الضرب تفصيلا والظاهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر
(قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق
ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي واسائه وذكروه اذا

(قوله ويجوز أن يكون مراده
القسامتان والديتان على
القطعتين يتكرر ان في
خسين نفسا) أقول جزء
الدية لا يسمى دية حتى يقال

يتكرر في خسين نفسا تأمل (قوله اعترض عليه بأن الظاهر الى قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب لا تقا

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامها واجب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف
يسألها مسائل الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالحكمة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من
وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيلا
لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله
لا يفرق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا اذا وجد هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا قواؤه
الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلط به مسلكتها فلا أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال
الظاهر دونه أيضا اعتبر دفع الماعى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك وهو قوله عليه
الصلاة والسلام أجمع كسجيع الكهان قوموا فذروه قال (واذا وجد القاتل على دابة يسوقها راجلا الخ) اذا وجد القاتل على دابة
يسوقها راجلا فالدابة على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو ركبها لانه في يده فصار كما
اذا كان في داره فان اجتمع الركب والسائق والقائد فالدابة عليهم لان القاتل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق
بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القاتل (٣٩٣) في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك

قال (واذا وجد القاتل على دابة يسوقها راجلا فالدابة على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا
كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو ركبها (فان اجتمعوا فعليه) لان القاتل في أيديهم فصار كما اذا
وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليها قاتل فهو على أقربهما) لما روى أن النبي عليه
السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القاتل
الذي وجد بين وادعة وأرجب كتب بأن يقبس بين قريتين فوجد القاتل الى وادعة أقرب فقضى
عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهل الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه
الغوث فتمكثهم النصرة وقد قصروا

على المالك لا على السكان
وأجيب أولابنا لان سلم أن
الدية لا تجب على مالك
الدابة بل تجب عليه
والمدكور في الكتاب فيما
اذا لم يكن للدابة مالك معروف
وانما يعرف ذلك بقول
القائد أو السائق أو الركب
وأما اذا كان له مالك معروف
فانها يجب عليه وثانيا وهو
المفهوم من اطلاق جواب
الكتاب أن القسامة تجب
على الذي في يده الدابة
والدية على عاقلته سواء كان
لادابة مالك معروف أو لم
يكن والفرق أن العبرة في

لم تعلم صحتها حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامها واجب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم
صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسألها مسائل الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم
يجب فيها قبل العلم بالحكمة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام
الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيلا لوجود دلالة
القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه
شيء لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا اذا كان كذا قال
جهور الشراح ورد صاحب العناية جوامهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى
مع تطويله لم يرد السؤال وربعا قواؤه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلط بها

هذا الباب للرأي والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف
والرأي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة
وأرجب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا قواؤه) أقول بل يرد
فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لاهل النفوس ومنع كاية القضية الفائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق وبه قوى هذا
المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجد منه ثم ظاهر اقلتا مل (قوله فلا أن لا يكون فيما هو أعظم
خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمالك أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك) أقول ذلك في الغرة
والقسامة والدية ليستاني معناها (قوله فالتصرف والرأي والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الركب
يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الركب هو المالك والاخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتفاق
فيما سيجي عن مسألة السقينة لو كان صاحب السقينة معهم ينبغي أن تجب عليه كافي الدار في معنى أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمد ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما لله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعني آخر أو كان قوله أولا كقوله ما بعده مظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشتريين)

الخطة المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغائبين فانه يختط خطة لتمييز أنصباؤهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رجه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل مسألة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار بهم المشترون في ذلك ويجوز أن يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيلا في دار بين مشتر وذي خطة فانهم ما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فافوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشتريين مع أن كل واحد منهما مالوا انفرادا كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن في العرف أن المشتريين قبلما يراجعون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما استمر من الدار

قال (واذا وجد القتيلا في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرتهم منهم وقتلهم قال (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملاك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وادان كانوا سكانا مخيبر ولهم ما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطة دون المشتريين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشترك كون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ من له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانباه مقصرا والولاية باعتبار المالك وقد استمر واقعها ولهم ما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطة لما بيننا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشتريين) لان الولاية انتقلت اليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يراجعهم

مسلكها فلا ان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أو الى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا لا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يملك به مسلكها فلا ان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أو الى ممنوع فان ما لزمن من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يملك به مسلكها اهدار امر حقيق وما لزمن من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبار دفعا لما عسى يدهى القاتل عدم حيانه وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسبج كسبج الكهان قوموا فادعوا انتهى أقول برده عليه أن حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ومو جهة الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدو لكونها يدل النفس كما تفسر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا ميتا على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحة حين قال كنت بين جاري يتسلى فضررت احداهما بطن صاحبتها بعمود فطاط أو عسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاخصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا ضرب ولا كل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسبج كسبج الكهان وفي رواية دعني وأراجعيزا لعرب قوموا فادعوا الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يداها

(٥٠ - تكلمنا ثامن) واجارتهم واعارتهم ما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما بيننا) اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولانه أصيل) والمشتري دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رجهما لله أو خلصت اليهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله أو خلصت اليهم

وقوله (واذا وجد القتل في دار) يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبه هذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله حينئذ القسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى وحكي عن الكرخ رجسه الله انه كان يوفق بينهم ما يؤول الرواية التي توجهها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجهها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حاضرا كذا في الذخيرة والمذكور (٣٩٤) في الكتاب يدل على أنهم اعلم ما جعلا اذا كانوا حاضرا وروايتهم في القسامة ان كانوا حاضرا

(واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كمثل الحلة لا يشاركهم فيها عوفا لهم ولو هما أن الحضور لم تتم نصره البقعة كما تنزمت صاحب الدار فيشارك كونه في القسامة قال (وان وجد القتل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولا آخر ما بقي فهو على رأس الرجال) لان صاحب القتل يراهم صاحب الكسرى في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيه يكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قاتل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي قصيره لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك وله هذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشرط فيه الخيار يعتبر بقرار الملك كذا في صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبه هذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلا ن قول المصنف فيما قبل وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز أن يحمل على احدي الروايتين التين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منه لما كان القسامة في عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتخاروا أما ثانيا فلا ن قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حاضرا ووجوب اعلى رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرح المراد (قوله لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكوك لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاله عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على

العقابي وما بعده فظاهر قال) ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رجسه الله ولاية الحفظ بالسد والملك سبها وقالوا ليه الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك ولذا آخر السد كان اعتبار البدعة أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتماد الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتل فاما أن يكون البيع بائنا وفيه الخيار فان كان الاول وهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رجسه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير

له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الدية المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه

(قوله وفي الاخرى على عاقلة) أقول الاظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلة حتى يستقيم تفرع اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد البائع اذا فرض انتفاء قبض المشتري في صورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الـ كآفة مخصوصة بتقريره وسباق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة و يد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابي حنيفة بين الخناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البينة المالك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مؤنة المالك فكانت على

(٣٩٥)

بترك الحفظ والحفظ
انما يتحقق باليد لما ذكر
من الدليل وقوله (ومن
كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تعقله العاقلة)
يعني اذا أنكرت العاقلة
كون الدار لصاحب اليد
وقالوا انها اوديعه أو مستعارة
أو مستأجرة (حتى تشهد
الشهود أنهم الذي في يده)
ولا يختلج في وهمك صورة
تناقض في عدم الاكتفاء
باليد مع ما تقدم أن الاعتبار
عند أبي حنيفة لليد لان
اليد المعتبرة عنده هي التي
تكون بالاصالة كما تقدم
والعاقلة تنكر ذلك والباقي
واضح وقوله (واللفظ) أي
لفظ القسود وروى وهو قوله
على من فيها من الركاب
والملاحين يشمل أربابها
أي ملاكها وغير ملاكها
وقوله (وهذا) أي كون
الملاك وغيرهم سواء في
القسامة (على ما روى عن
أبي يوسف رحمه الله) أن
السكان تدخل في القسامة
مع المسالك (ظاهر) وأما
على قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله فلا بد من الفرق
وهو ما ذكره في الكتاب
وهو ظاهر قال (وان وجد

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالمالك ألا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون المالك ولا يقتدر
بالمالك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في
يده مضمون عليه بالقيمة كالغصوب فتعبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد
فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى
تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على المالك لكنها لا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة
كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال (وان وجد قتيلا
في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى
تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدوها والمالك في ذلك وغير المالك سواء
وكذا العجالة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق له ما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر
فيها اليد دون المالك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة
فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا
قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت
المال مال عامة المسلمين

بالمالك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاهما في هذه المسئلة
كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون المالك ألا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون
المالك ولا يقتدر بالمالك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد اليد مطلقا أي سواء كانت
يد أصالة أو نيابة فليس يصحح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع وشعوه بالاتفاق لكون يده يد
نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلا يمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا صحيح ذلك وان
أراد بها يد الاصل فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبه لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصل فقط
بدون المالك ولا أنه لا يقتدر عليه بالمالك بدون تلك اليد بدل يقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالمالك دون اليد
كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ايراس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن
كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) قال صاحب العناية
ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد
لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هي أن
اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله
لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ولا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند
أبي حنيفة لليد دون المالك كما في المسئلة المتقدمة انفا فان المالك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة
البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم بأحنيفة أنه
يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع بوجد فيها قتيلا ان الدية يجب على عاقلة
البائع لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد المالك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية

في مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

(قال المصنف لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار
صاحب يد المالك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع الخبز

قوله (فعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان الملاك ملاً أو غير ملاً وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها البنية بيت المال) قال في النهاية وإنما أراد به (٣٩٦) أن يكون ثابته من المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني إذا كان من يسكنها في البنية أو كان لأحد منهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسألة وإن مرت دابة بين قريتين وعليهما قتل وقوله (وإن وجد في وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جارياً بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتل دار الشرك وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قيل

(ولو وجد في السوق أن كان مملوكاً فعند أبي يوسف تجب على السكان وعند حماد على المالك وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها البنية على بيت المال) لأن لجهة المسلمين (ولو وجد في السجين فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجين) لأنهم سكان وولاية التدبير لهم والظاهر أن القتل حصل منهم وحماد يقول إن أهل السجين مقهورون فلا يتناسرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل النصر ولا لجهة بني لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يهود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذا أربعة أرباع المالك والسكان وحشي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وإن وجد في قرية ليس بقرية ماعمرارة فهو حذر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وإن وجد في وسط الفرات عبره الماء فهو حذر) لأنه ليس في بداء أحد ولا في ملكه (وإن كان محتسباً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون به أغنمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام بدوهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بغيره لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكروا فيه القياس والاستحسان قال (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنهم مختلفون ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلته تقدير بحيث لم يأخذوا على يد الظالم

ما يوافقه حيث قال وفي جامع التكرار يسي اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك إلا بالينة فلا يرد نفعاً عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن المالك في المسئلة المتقدمة كان المشتري لا المالك وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة إذ لو كان المالك أيضاً للبائع لما صار يحمل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فإذا كان المالك هناك للمشتري فكيف يتحمق للبائع إذا كان يد المالك أثبت يد المالك له يقتضي ثبوت نفس المالك أيضاً فلم يزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة مملوكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وإن أراد يد المالك غير مملوكه الظاهر أن السيد التي كان لصاحبها ملك في الأصل وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فباعتني اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لا مأمناً الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقفي أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها للأو جبنها بالقياس وهو مجتمع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هناك دون ما جعل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول إن أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم يدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عوائلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ولأن

وقوله (فأجلوا عن قتل) أى انكشفوا عنه وانفروا

(٣٩٧)

وقوله (لان القتل بين

ولان أهل الحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقده شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل الحلة) لان القتل بين أظهرهم والحلف عليهم (الا أن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل الحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل الحلة عن القسامة قال (ولاعلى أولئك حتى يقيموا الدية) لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي روينا أنه ما يسقط به الحق عن أهل الحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكرا قاموا بفلاة من الارض لملك لاحد فيهما فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتبار الديد عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذا ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه فهو ممنوع كالا يخفى وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع اذا لا يظهر وجه كون الجناية صادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى انه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينه لا يجب شيء على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة بضاعة فترتب كهم النصره لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقدير احيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم ومن كوا النصره وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ الحلة بشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينه فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فاقبل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل الحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لأهل الحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولان أهل الحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقده شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل الحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقده شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العمري واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما ثبت عليه أنفاي الموضوعين (قوله واذا التقى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل الحلة لان القتل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم أى بينهم والظاهر والاظهر يجيئان مقامين كافي قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أى صادرة عن غنى فالظاهر فيه مقام كافي ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أى بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل الحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم يعنى بينهم والظاهر والاظهر يجيئان مقامين كافي قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى أى صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل الحلة وأنه من خصمائه

أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتل في محلاتهم وقوله (لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق) أى الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي روينا أنه فى أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله (وان وجد في خباء أو فسطاط) الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله (فعلى أقرب الاخبية) قيل هذا اذا نزلا قبائل قبائل متفرقين أما اذا نزلا مختلطين فالدية والقسامة عليهم

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن أسامة ظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل الحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مقبولا لا مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة وان يكون منعولا أي للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتل فكان هدرا) يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القتال من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين جلالا لمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويستولون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس جهة الحل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم) إشارة الى قوله ولو وجد قتل في معسكر أقاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) إشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله) يعني لا ينقطع اليقين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غير شريك معه وإذا كان كذلك يخلف على أنه (٣٩٨) ما قتله ولا عرف له فأن لا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتل فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله ما قتل ولا عرف له فأن لا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيخلف على ما ذكرناه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيخلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بآثر الهم فأتين للنقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من محلة الخصوم كالرخصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضى الله عنه فأناله حقيقة فينعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون فأناله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسأتي مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

الخ) اذا ادعى الولى على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقال لا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولا يبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للنقصير الصادر منهم وان خرجوا من محلة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالرخصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ما يلوغ السلام أو يعزل القاضي

وقلى (قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتلا لا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كافي قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وان يكون على المفعول له أي للقتال انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتل الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة الدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فوجب على أهل المحلة النص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزبيلى وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لأنهم سكان فلا يلزم اجون المالك في القسامة والدية وهذا عند ما ظاهرا والفرق لا يوجب بينه وبين المحلة والدار أن العسكر تزوايقه لا تنتقل والارتمثال لا لقرار ولا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك مخالفتهم لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجموع عليهما أحدهما أن كل من انتصب حصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت له عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهدت قبل شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما ووهما جعلاهما من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري (٣٩٩) بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة

تقبل شهادتهم لانهم ما بعرضية أن يصيروا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله (ولو ادعى) ظاهر وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقطت القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكسونه صحاحنا

وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متما وعن أبي يوسف أن الشهود يملفون بالله ما قتلناه ولا يترددون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القتاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهلها فأت من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضعيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حسله انسان الى أهله فكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حسله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحسلة فوجوده جريح يضاف يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا قال في العتابة قوله لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا بدري أن القتال من أيهم ما يرجح احتمال قتل المشركون جلا لا امر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لو ورد النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وسكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعننا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا جهة للرفع عن المسلمين فيصالح جهة وثمانية لو كان جهة ليكان جهة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة ان نص انتهى أقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا اذا

بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لاشئ عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأجيب بأن القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جرحه اذا صار صاحب فراش قتيلا شرعا لانه صار مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة وأما اذا كان صحاحنا ذهب ويحيى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالمت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار) (٤٠٥) نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لثني فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون عذرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلة

لأن سلم أن الظاهرة لو كان حجة لا يمكن حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل الحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون عذرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققت (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلة وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمذلول ورفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت أما أن تكون عاقلة الميت أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهما وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ما يمكننا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعبر عن صورتين قطعاً أي ضرورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فسامعني تخصبص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى بقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدّر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معاً ما تناوله الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا تنافي عاقلة وعاقلة لهم إذا اتحد تباعثهم إلى الورثة كما يصح نسبته إلى الميت بل تكون نسبتهم إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع مختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غير ولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة به يجب أن تكون الدية على عاقلة القتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضاً شيئاً من الركائز فالأرجح ما قررناه من قبل نأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلة

حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلة وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمذلول ورفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت أما أن تكون عاقلة الميت أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهما وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ما يمكننا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعبر عن صورتين قطعاً أي ضرورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فسامعني تخصبص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى بقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدّر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معاً ما تناوله الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا تنافي عاقلة وعاقلة لهم إذا اتحد تباعثهم إلى الورثة كما يصح نسبته إلى الميت بل تكون نسبتهم إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع مختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غير ولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة به يجب أن تكون الدية على عاقلة القتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضاً شيئاً من الركائز فالأرجح ما قررناه من قبل نأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلة

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وانما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح

به المصنف في تقرير الدليل

بأنهم يحب للقتول حتى تقضى منهم ادبونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه بحب الدية هي عاقلته وتكون ميراثه ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي خنيفة رجه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي خنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذلك رها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما أطفاه بخبر ابل الله ثراه ولما (٤٠١)

اذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكرنا من الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعني انما صار دم المكاتب هدر لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدر

بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيه رد دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا ييوسف أن الطاعر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيلا في محلة (ولو وجد قتيلا في قرية لا امرأة فعند أبي خنيفة ومحمد عليهم القسامة تكرر عليهم الايمان والدية على عاقلة أقرب القبائل اليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لان القسامة انما تجب على من كان من أهل النضرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي وأهلها أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لاننا نزلناهما قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لانه أحق بنضرة أرضه من أهل القرية

لورثة فكيف يستقيم أن يعفوا عنهم لهم وأجيب بأنهم يحب للقتول حتى تقضى منهم ادبونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه بحب الدية هي عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي خنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثانی الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعز في كلمات الثقات ثم أقول بقي هنا إشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتمهل فليتاأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولا فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع

حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملك لعدم قابلية الميت للآل وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلمه قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما اذا وجد قتيلا في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

(٥١ - تكمله ثامن) أي من مشايخنا رجه الله (ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجبي عني المعاقلة ان شاء الله تعالى وانما دخلت في هذه الصورة لانها انزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكذلك دخلت فيما دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرهما من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لانه أحق بنضرة أرضه) لان الحفظ والتدبير في الأرض الى صاحب الأرض لا الى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول يخالف لما صرح في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار لا كسل الى جوابه في الدرس الثاني من المعاقلة

كتاب المعادل

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد قد كرها وأحكامها في هذا الكتاب وقال (المعادل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله (وجبت بنفس القتل) يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوته فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفي إيجاب مال عظيم إجماعه) فسر الإجماع بقوله واستئصاله وقوله (انما قصر) يعني أن القاتل انما قصر حالة الرمي في الثبوت والتوقف وقوله (وتلك) أي القوة

كتاب المعادل

أقول كان الأولى أن يقال كتاب العواقل لان المعادل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو فكتانه قال كتاب الديات فصار تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهو من يتحمل الدية وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله وهو الذي ضربه بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

كتاب المعادل

المعادل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماغ من أن تسفل أي غسك قال (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقل الذين يعقلون) يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه لا أولياء قوموا فندوه ولان النفس محترمة لا وجه إلى الإهذار والخطا معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظر إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجماعه واستئصاله فيصير عقوبة فضع إلى العاقلة تحققة التخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لثمة فيه وذلك بانصار دهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطايهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ما نافي لان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلاوهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك الجيب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة لا بحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعادل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعينات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعادل لان المعادل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا إلى التكرار ليس بتمام في نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتضى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذكور هنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها أعم من الديات ذاتا وحكما فكانت محالة ذكر الكتاب وكأن ذنك الشارحين انما اغترابوا ذكر المعادل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الاخر كما قاله لمكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستقلا فقام مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

كتب أسامهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولأنه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دؤن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع القرابة والخلف والولاء والعهد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهل اتباع المعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالخرف فعاقبتهم أهل الخرفة وان كان بالخلف فأهل الدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ومحمي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستدرا كالطائفل تحتها ههنا اذا كون الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الخنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل بقوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة اذ هذه الخبيثة تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق المصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أى الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونه على العاقلة متسجبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بالارب (قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وفيما بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وفيه بتمام الدية أقله آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذلك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الخبيثة أيضا كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهم ما الآن الشرع ورد بذلك كما صرح حوايه والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر آنفا فينبغي أن يحتص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجي نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الأب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتماما هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقائل أى للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح المعنى أقول كيف يكون ذلك هو

مجموعة ويروي أن عمر رضي الله عنه أول من دؤن الدواوين أى رتب الجرائد للسولة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه في الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية والعطايا جمع عطية وهو معنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالخلف) الخلف بكسر الخاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء المسؤلة وقوله (والولاء) أى ولاء العتاقة وقوله (والعهد) هو من العبد وهو أن يعدهم يقال فلان عديدي بنى فلان اذا عدهم وقوله (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث) أى ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فيم اوقوله (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام القدوري رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وعازدا على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ومزاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

الصحيح حينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضاً لأن ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً فمعنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الآن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا بما خرجت للقاتل فقط لأنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج للعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة حينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء أقول أراه هم خرجوا عن سنن الصواب إذا الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية حينئذ لا مجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء إذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذا كان كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل أصبح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة وفه قصود بذات خناها بما عن الدليل بالكيفية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا الخبر يحتل إذا الظاهر أن خبره في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا استربة عنده من له دربة بأساليب الكلام والفواعد الأدبية فإن كان خبره ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل لأرب فالحق في تحرير المذام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلاً ولا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله أن القياس بأباه أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تنساقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولاً فلا نلو كان معنى قول المصنف أن القياس بأباه هو أنه لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفاً للقياس لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لهدمه والمخالفة إنما تتحقق في الثاني دون الأول فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلاً أن لا يتعدى غيره لأن الذي لا يتعدى موده إنما هو

وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الرجوع بالقضاء وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس بأباه) أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تنساقض والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلاً في الخطأ فلا يتعداه فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه ما لا وجب بالقتل ابتداءً والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الظاهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة

وقوله (لان الواجب الاصلى المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءها من وقته) أى من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) فان قيمته انما يجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لکن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا هو ذلك الواجب قبل (٥٠٤) القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود

من قبل بقوله لان الواجب بالقضاء على ما بين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز أن يزداد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر وليس كذلك فان محمد رحمه الله نص على انه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمه الله مما فهم من اشارة كلام القدورى ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسباً) قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب

وارقتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبار الجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرتهم وهي المعتبرة في التعاقب قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزداد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسباً لكل ذلك المعنى التخفيف ويضم الاقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقليل يدخلون اقر بهم

ما يخالف القياس كما نقرر في علم الاصول وأما ثانياً فلانه ان أراد بقوله وهي أى جميع الشرع لا تتناقض أن جميع المعمول به لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو ترك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم ايجاب المال بعقوبة النفس وان أراد به أن جميع الشرع لا تتناقض مطلقاً أى سواء كانت معمولاً بها أو لا فمنوع ~~كـ~~ وقد وضعوا في كتب الاصول بالعارضين الدلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التخصيص والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلاً ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا واجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مر منه في أول كتاب المعاقلة فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحترز به عن دية يجب بسبب الصلح أو الابوة في القتل العمد فان في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقاة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبار الجزء بالكل) أقول قد مر في كتاب الجنائيات انه اذا قتل جماعة واحد اعدا اقتص من جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلما تامل أن يقول هنا فلم لا يجب على كل واحد من العشرة القاتلين واجد اخطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمداء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر في كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته) قال الشراح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

أما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً فبعد ذلك قال المصنف لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الاحكامه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرتهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للابسطة والمعنى لان نصرة القبيلة ما نسبته به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدورى) أقول من النسبة في قوله مما

وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والزيادة لا يكثرون وعلى هذا حكم الرابات إذا لم يتسع لذلك أهل رابطة ثم الهم أقرب الرابات يعني أقربهم نصرة أو آخرهم أمر القرب فالأقرب وبه توضيح ذلك إلى الامام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار أو كسنة قول شئ أحط رتبة منها ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها التحقيق لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهم مصلته من بيت المال ثم ينظر أن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكل يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وإن كان يخرج في كل سنة أشهر يخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بمحضته من الشهر حتى يكفون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بمحضته الشهر وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الرزاق لأنه أسرا ما لان الأعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيتمسك الاداء منه والأعطيات ليكفروا في الديوان فأعين بالنصرة فيتيسر عليهم

المنفس النفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق المجزع عن استيفاء النفس ما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخطأ فيتحول الحق بالقضاء إلى المال انتهى أقول فيه نظر لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات ملزمة حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ أنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تخرج برقبته مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم إن قوله تعالى فأعند وأعليه بمنزلة اعتدى عليكم كل يفتنى باطلا فأن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثانيا قبل القضاء بل قبل أن يخاف القاضي وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس أنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى (قوله وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والزيادة لا يكثرون) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء كثرة الأخوة فممنوع كيف وأخوته أبناء أبيه فإذا جاز أن يكثروا أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثروا أبناء نفسه فتأمل (قوله وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهم مصلته من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول نفس العطاء عاذا كره لا بالأثم مسئلة صحت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم بالأثم قول المصنف في بيت تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة والذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

اختلاف المشايخ رحمهم الله
فصل بعضهم بغير المال
والقربى الأقرب فالأقرب
وقال بعضهم يجب الباقي
في مال الجاني وقوله (فيسوى
بين الكل) يعني الآباء
والأبناء وغيرهم لاندصاله
لأنه يجب على العاقلة على
سبيل المروءة وقوله (ولو
كانت عاقلة الرجل أصحاب
الرزق) قبل الفرق بين
العطية والرزق أن العطية
ما يفرض للقاتلة والرزق
ما يجعل للفقراء المسلمين إذا
لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر
(قوله قبل الفرق بين
العطية والرزق أن العطية
ما يفرض للقاتلة والرزق
ما يجعل لفقراء المسلمين إذا
لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه
يبحث لاندلا يلائم قوله وإن
كان لهم أرزاق فتأمل (قال
المصنف ثم ينظر أن كانت
أرزاقهم تخرج في كل سنة)
أقول في الخبر الرزق
ما يخرج للجندي عن رأس
كل شهر وقيل يوما بيوم
والمرتقة الذين يأخذون
الرزق يوما بيوم وإن لم
يثبتوا في الديوان وفي مختصر
الكرخي العطاء ما يفرض
للقاتلة والرزق للفقراء انتهى

قال (وأدخل الذائل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لآخراجه ومراخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبار الجزاء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذوراً قلنا لا يجب الكل اجتفافاً به ولا كذلك لا يجب الجزاء ولو كان الخطأ معذوراً لا يرى منه أولى قال الله تعالى ولا تزروا زرة وزراً أخرى (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولأن العقل انما يجب على أهل النسرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلاف عن النسرة وهو الجزية

واحدة وكذا التنصير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعاً ومثل هذا ليس بعز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمداً قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيت فرضت الدية في أعطيتهم سم دون أرزاقهم فعمل بذلك أن الرزق يفرض للقاتل أيضاً انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج الجندى عند رأس كل شهر وقيل يوماً بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطيتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهم ما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني أولاً بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهم ما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضى عنه صاحب المغرب فنسب ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه ويراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب ههنا من صاحب الغاية أنه خص بالذكر من بين ما ذكرنا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئاً يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق أي ذلك القول جداً (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كاحد العواقل في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتضى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب الغاية أقول هذا مشكل عندي اذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قيمته لان نصرتهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قيمة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضاً من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضاً أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصروهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحرف فأخذه وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله وأما اذا لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضاً كما لا يجب عند الشافعي رجه الله قال (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله تعالى ولا تزروا زرة وزراً أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أي ولا تحمل نفس أئمة ثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا وتحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك به في هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أي لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيما زعم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا أو امرأة لاشئ عليهم مامن الدية) قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأه حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذ لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقديرًا أولى لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينبني على ايجاب القسامة عليهم او في ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولاقسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليهم اتكررا لايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان (٤٠٨) لم تكمل أهل المحلة خمسين كسرت الايمان ومعناه لا يكمل أهل

على هذا لو كان القاتل صبيًا أو امرأة لاشئ عليهم مامن الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزه من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يوجد فيهم ما والفرض لهم مامن العطاء للمعونة لا للنصرة كقرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهم (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لأهل مصر فانهم اذا خرمهم أمر استنصرهم أهل مصر باعتبار معنى القرب في النصر (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصره بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقلة (ومن جنى جناية من أهل مصر وليس له في الديوان عطاء

المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصره واليمين على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد في قريبها فيجب عليها نفي التهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا قد دخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كافي حق

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلة من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق عاقلة واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبهه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضا شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لانخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا أو امرأة لاشئ عليهم مامن الدية) قال صاحب النهاية ان قوله هذا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبل كتاب المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأه حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذ لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقديرًا أولى لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد

الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أي معونة الامام وأهل لهم الا باعتبار نصرتهم ما غيرهما

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو حالية (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء بالمعونة لا بالنصرة كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بنتهما تصلح لمعاونة الجنود بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهن فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصره منهم لغيرهما فلم يدر فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه في قول المصنف كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون القرض للنصرة لافي كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لأن الذين يذنون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا الان الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي تارلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وان كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فدينه على عاقلة بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى به عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذ لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل أحدهم ما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وعنك من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء عن عاقلة اذا وجد القاتل في قرية امرأه فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة إلا أن تعليلهم بأنها بقولهم لا نأثرنا ما قاتلته والقاتل تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبل كتاب المعاقلة يابى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة والالا يتم تعليلهم المذكور لعل على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكره قبيل المعاقلة من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقلة أنه لو وجد قاتل في دار امرأه أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقلة أن القاتل اذا وجد في قرية امرأه تجب القسامة عليها والدية على عاقلته عند أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون الى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت خمسة أيضا لان مشاركتهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يمتنع على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأه ولا عبد وقال ههنا لو وجد قاتل في قرية لا امرأه فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض التمسك بالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل الحلة نجسين كرت الايمان فعنه لا يكمل أهل الحلة نجسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليهين على أهلها وأما هنا فالقتل وجد في قرية بها فتجب عليها نفية التهمة القتل فانما تحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعمّل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعمّل

وقوله (وأهل البادية أقرب إليه) يعني نسبا وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع الى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان أى أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله (وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة) يعني أن لاولى الأبعد أن يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله (لا سيما في المعاني العاصمة) كعدم القذف والسرقه والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أى لا على بيت المال لان النصرة الموجهة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بينهما بخلاف المسلم فان دينه على بيت المال اذ لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله (وعنك من هذا القتل ليس بنصرتهم) أى ليس بسبب نصرة أهل الاسلام اياه وقوله (لعدم التناصر) لان التعاقل يمتنع على الموالاة وذلك لعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت ملاتهم لأن الكفر كله مله واحدة قالوا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم مله واحدة أما إذا كانت طاهرة كالمهود والصابري ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وقد كذا عن أبي يوسف أنه نقض التماس ولو كان التماس من أهل الكوفة وله بها عطاء مخول ديوانه إلى البصرة ثم دفع إلى الثاني فإنه يقضى بالدية على عاقبته من أهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقبته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لأن الواجب هو الجناية وقد تمتعت وعاقبته أهل الكوفة وصار كما إذا حوّل بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الواجب على القاتل وتحمل عنه عاقبته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة التماس ترخص من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الألفاظا ذكرها وقوله (وعاقبته أهل الكوفة) الواو للسال وقوله (لكن حصة القاتل ترخص من عطائه بالبصرة) يعني من عطائه بالبصرة) يعني وإن كان بعد القضاء

بثمة القتل فمن كان من أهله أوجب عليه ومن لا فلا قد دخل المرأة إلى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظر أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة بخسين كررت الإيعان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة بخسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانتفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا من ضمنين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا مفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم مفردين غير منضمين إلى الغير متروكا بالكتابة في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة إذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا فلان ما ذكره من أن القسامة إذا أوجب على الجماعة تعطل بالنصرة وإذا أوجب على الواحد تعطل بتممة القتل من عند ياته لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعمل أحدهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكيم بحث وأما عدم مساعدة النقل فلا أنهم كانوا يعاقلون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من تراجع المعتبرات وقدمت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم) وان اختلفت ملاتهم لأن الكفر كله مله واحدة قال به بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول يأتي هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله أنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المدفوعة تفيد العموم على ما عرف فالاول في الجواب أن يقال المراد هناك في الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف ملاتهم تبصر (قوله ولو كان القتال من أهل الكوفة وله بها عطاء مخول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى على عاقبته من أهل البصرة) أقول لقاتل أن يقول قد صر في أوائل كتاب المعاقلة أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أداء الدية لأن القاتل إنما قصر لقوة فيه وذلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القتال من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدرت عنه حال كون عاقبته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدور رعا عنه إنما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ إنما وقع منهم إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) وان اختلفت ملاتهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف) فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء) أقول فيه أن يتحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن يجب عليهم

وخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم - ثم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا بطلاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنا بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى به على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في
أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث نصير البادية في أعطيائهم - وان كان قضى بها
أول مرة في أموالهم - لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم - وأعطيائهم - ثم
أموالهم - غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والأداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل
العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينتقل
لا يتحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر
قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصره بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال (ومولى المولاة يعقل عنه مولاة وقبيلته) لانه ولا يعتنصم به فأسبه ولواء العتاقة وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم - ثم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكرهناك حكمة أن خصت العاقلة
بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعاته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في
الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تشبيه ما ذكرهناك في مسئلتنا - فانه ملاك الامر في تمام جواب
المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله وانما أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى
أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان
ديوان القاتل منحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا
عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلة له - ثم سبق وجوب القضاء فلا
بد أن يقضى بها على من هو عاقلة وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر
(قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال
جاعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بدينته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم - ثم أقرب
القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بين ما قبله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا بطلاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة
مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستندركة في
بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى
أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم - ولا شك أن التكثير يغير النقل بل ينافيه وعن
هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم
الاول لا بطلاله ولو كانت المقدمة الكاذبة مجتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين
المذكورتين ان أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل

وخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم - ثم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا بطلاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنا بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى به على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في
أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث نصير البادية في أعطيائهم - وان كان قضى بها
أول مرة في أموالهم - لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم - وأعطيائهم - ثم
أموالهم - غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والأداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل
العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينتقل
لا يتحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر
قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصره بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال (ومولى المولاة يعقل عنه مولاة وقبيلته) لانه ولا يعتنصم به فأسبه ولواء العتاقة وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم - ثم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكرهناك حكمة أن خصت العاقلة
بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعاته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في
الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تشبيه ما ذكرهناك في مسئلتنا - فانه ملاك الامر في تمام جواب
المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله وانما أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى
أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان
ديوان القاتل منحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا
عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلة له - ثم سبق وجوب القضاء فلا
بد أن يقضى بها على من هو عاقلة وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر
(قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال
جاعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بدينته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم - ثم أقرب
القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بين ما قبله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا بطلاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة
مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستندركة في
بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى
أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم - ولا شك أن التكثير يغير النقل بل ينافيه وعن
هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم
الاول لا بطلاله ولو كانت المقدمة الكاذبة مجتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين
المذكورتين ان أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل

وقوله (ولا تغفل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لأن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل النفس فتحملة العاقلة وإن كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القسيلا إذا كانت مائة كانت الدية على عاقبتهم وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنهم أبدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة ونجسون درهما فإنه تحمله العاقلة لأن تحملا بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في القدر لأن نص ولا علمه فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلاف في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تغفل العوائل عمدا ولا عبدا (٤١٣) فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله إن غامعا أن يقتل

قال (ولا تغفل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوفوا على رسول الله عليه السلام لا تغفل العوائل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للحرز عن الاجتفاف ولا اجتفاف في الذليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أن تتركناه عارونا وعمارا في أنه عليه السلام أوجب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فسادونه بذلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذ بالقياس

(قوله قال ولا تغفل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر الدية فصاعدا) قال في النهاية والدليل على أنهم لا يتحمل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه نصا كضمان الأموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول يرد عليه أن لكل مفصل من أصابع فيها ثلاثة مفصلات ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفصلات ففي أحدها ثلث دية الأصبع فكان لكل مفصل من أصابع فيها ثلاثة مفصلات أرض مقدرة هو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لا مكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنابات فانتقض به كل واحد من قوله أن القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية إصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويبدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرض مقدرة في نفسه فأشبهه بضممان الأموال ثم قال فإن قيل أرض الأثمة مقدرة وهو ثلث دية الأصبع فينبغي أن تحمله العاقلة قيل له ليس أرضها مقدرة بانفسها بل هو مقدرة بغيرها وهو الأصبع ونحن انما شئنا مادون الموضحة بالأموال من حيث أنه لم يكن له أرض مقدرة بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الأولى وهي قوله أن القصاص لا يجب في عمده مجردة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوفوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تغفل العوائل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة) قال أبو عبيد اختلاف في تأويل قوله عليه السلام لا تغفل العوائل عمدا

العبدا فلا يغفل العاقلة على عاقلة من لا يغفل من جناية عبده انما جنايته في رتبته أن يدفعه إلى الجاني عليه أو يقديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه بقتله حر أو بحرجه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى بل يرد على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازما يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تغفل العاقلة عن عبده ولم يكن ولا تغفل عبدا ومعنى قول الاصمعي أن في كلاب العرب يقال عقلت القليل إذا أعطيت دية وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي كنت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته

وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معني عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم قال لا تغفل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقول بعد هذا

(قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلاف في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تغفل العوائل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد من الخ) أقول قال الاتقاني واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس قال محمد حدثني عبد الرحمن بن أبي رزاد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تغفل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد ألا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تغفل العاقلة من قتل عمدا ولا من صلح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك

(ولا تعقل العاقلة جناية العبد) إضافة للصندري فاعله وأما إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الآن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العبد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبيعة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي السئل معاينة الدية انما تجب بتضاء القاضي فهذا أولى (٤١٣) وقوله (وتصادقهما حجة في حقهما) لأن

أحمد المتصادقين أولى القتل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لاعلى المقر فاقاره حجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة

فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلة بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بمجودهم عاد الدين الى ذمة الخميل أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا يدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فمعه ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال واعمل الاول أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذا ليس

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا يلزم بالصلح أو باعتراف الحاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الآن يصدقهم) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقربقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلة بالكوفة بالبيعة وكذبها العاقلة فلا شيء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لان الدية بتصادقهما ما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول (الا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقرر على نفسه وفي حق العاقلة مقرر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحمد قول الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته باغلة ما بلغت

ولا عبد فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حر افليس على عاقلة مولد شيء من جناية عبده انما جناية في رقبته أن يدفعه الى المحنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه يقتله حراً ويجر حرمه فليس على عاقلة لجسافى شيء انما غنمه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الا صمى في ذلك فاذا هو يرى العول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جائز اذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال امكن الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبد أو معنى قول الأصمى ان في كلام العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت ديتته وعقلت عن فلان اذا الزمته دية فأعطيتها عنه قال الأصمى كتبت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلت وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلت يستعمل في معنى عقلت عنه وسبق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عبد أو سميائه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحوا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام ان الخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره يقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبدا بصيغة المجهول ومن صلح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيؤمل المعنى في الكل الى معنى عقلت القتل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبيعة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال واعمل الاول أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذا ليس

الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقربقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا دفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تتحمل العاقلة لأنه يدب به مسلك الاموال عندنا على ما عرفت وفي أحد
قوله العاقلة تتحمله كفي الخسر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت
المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرة وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه
نصيب المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه
ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها بحقة
للتخفيف على ماله واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعة تعقله عاقلة أمه) لان
نفسه ثابت منها دون الاب (فان عقلا عنه ثم ادعاء الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في
ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل
الخطا اذ قد علم في كتاب الجنائيات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام ههنا
أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا أقصر المصنف البيان عليه في تعليل
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى
ثلاث سنين في هذه المسئلة لا في كون التأجيل فيه من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود
بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معانسة
انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا ثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار
لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية
فرع وجوبها بالاحتمال انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل
عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون
أقوى من الثابت بالمعانسة وفي القتل المعانسة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى (قوله
ومادون النفس من العبد لا تتحمل العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرفت) أقول فيه
كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرفت ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في
تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا
بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بهم مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به
صاحب الغاية حيث قال هنالكا أن الاطراف يسلك بهم مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد
بين طرف الحر والعبد فلا تتحمل العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس
وهذا معنى قوله على ما عرفت انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلة هنا هذه بتحمل العاقلة
مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هنالك أيضا مع تخلف
احكام عنه وان كان ضارده ما ذكره في فصل بعد باب جنابة المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس
من العبد هي المالبية دون الادمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الادمية دون
المالبية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف
عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الادمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل
المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر بالمالبية والادمية معا في أطراف العبد وانما يتم
هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهم لا يعتبران الادمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل
المرجور في بيان مسئلة من فقهاء عبادنا والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى
لان يبنى دليلا على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على هكل حال عن فرع من
الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قولي تتحمله كفي الخ وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (وقد مر من قبل)
أي في أول فصل بعد باب
جنابة المملوك وقوله (قال
أصحابنا رجهم الله ان
القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية في بيت المال) يعني
اذا كان القاتل مسلما بدليل
قوله لان جماعة المسلمين هم
أهل النصرة والنصرة بالولاية
وهي منقطعة بيننا وبينهم
وبالباقي ظاهر

وقوله (ثم أدبت الكتابة) أي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولا يؤهل ولا عيب سبب حادث لم تنتقل جنائته عن الاولى قضى بها القاضي أو لم يقض) كالمولود بين عبد وحره اذا جنى ثم اعتق العبد لا تتحول الجنائية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا احفر بئر قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجع بعد ما اعتق أبوه فان القاضي (٥٩٥) يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شي لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجنائية لا تنتقل الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا احفر بئر في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجنائية وان ظهرت حالة خفصة مثل دعوة ولد الملاءنة حولت الجنائية الى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع

عند الا كذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل الاعان بالا كذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحموا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فمتبين أن قوم الام عقولوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبي بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعتم بها على عاقلة الأحرار ان كان الأحرار ثبت بالبينة وفي مال الأحرار ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى به القاضي على الأحرار أو على عاقلة له لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولاؤه الى ولا عيب سبب حادث لم تنتقل جنائته عن الاولى قضى بها أو لم يقض وان ظهرت حالة خفصة مثل دعوة ولد الملاءنة حولت الجنائية الى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولولم يختلف حال الجنائي ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلمقهاز يادة أو نقصان اشتر كوا في حكم الجنائية قبل القضاء وبعد الا فيما سبق أدائه فمن أحكم ههنا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظر والاضداد

في أول فصل بعد باب جنابة المملوك واقفني أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العمي ولم يتعرض لنفسه في ذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقدم من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته ههنا غير راجحة قطعاً لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة مادون النفس ولا تحمله لادية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول برده عليه أن كتاب الوصايا ليس بمرور في آخر هذا الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من أصحاب التصانيف أو ردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضائي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن ههنا ترى القوم يقولون وقع ههنا في أوائل كذا وأخره فان صبغة الجمع لا تتمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والا يضائي ويمكن أن يقال أيضا لما كان ماذ كرفي كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي

الاب لان عتق المكاتب عند اداء البذل يستند الى حال حياته فمتبين أنه كان للمولود ولا من جانب الاب حين جنى وان موجب جنائته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجنائي ولكن انعاقلة تبدلات كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتر كوا في حكم الجنائية قبل القضاء وبعد كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله (الاقبما سبق أدائه) استثناء من قوله اشتر كوا يعني لا يشتر كون فيسه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصي به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية
توصون بها وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان
أوفي المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة
طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد
الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا
المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض
المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي المذكورة في
كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى
المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شيء من غير ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواجه زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالي في المعنى الثاني فحينئذ يكون
ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده
تحقيقا ليس بشيء أما أولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي
المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصاء فيها باللام لا بالي يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما
لا يخفى فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين
المذكورين قط وأما ثانيا فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التبرع
مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجي في الكتاب ولا ريب في عدم شمول
شيء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كما بالانظر
الى ذلك المعنيين معافين أين كان ارتكاب جهه ما في لفظ واحد بنا ويل بعد مع عدم عموم المشتري عندنا
حقيقا بان بعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل
التي ذكرها ذلك القائل جل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان
معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية
حيث قال هي إيجاب بعد الموت فانهم ما شملوا تلك المسائل جملة كما لا يخفى على التأمل والوجه في
التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من العلاقات والتجزئات جل معنى الوصية
شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصي
في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى فإنه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي
مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات
العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصي له حياة وقت
الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حياته عند الوصية به صح والافلا وانما
تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تحوز
الاباحة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصي به شيئا قابلا للتملك من الغير بعد من العقود حال
حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث حتى انما الاتصاف فيما زاد
على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خال أما أولا فلانه
جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديونا بذون التقيد بان يكون الدين مستغرا فالتركه والشرط
عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه جعل من
شرائطها كون الموصي له حياة وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

أراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب تظاهراً للمناسبة لأن آخر أحوال آدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائز والديات لما أن الجنابة قد تنقضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم يعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة تعليق مضاف إلى ما بعد الموت بطريق (٤٧) التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها

كون الموصى أهلاً

للتبرع وأن لا يكون مديوناً وكون الموصى له حياً وقت الوصية وأن لم يولد وأجنبياً عن الميراث وأن لا يكون قاتلاً وكون الموصى به بعد موت الموصى شيئاً قابلاً للتكليف من الغير بعد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً وأن يكون عقدار الثلث وركنهما أن يقول أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها وأما حكم الوصية ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به مملوكاً حديداً كافي الهبة وفي حق الموصى إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث وصفته ما ذكره

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حياً وذلك لاعتدال على وجود الجنين وقت الوصية لأعلى حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجوداً وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلاً وأما ثالثاً فلا نحتاج إلى جعل من شرائطها أن يكون الموصى به عقدار الثلث لازماً إذا عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصى إذا ترك ورثة فأنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث أن لم تجز الوارثة وإن أجازوه صح وصيته به وأما إذا لم يترك ورثة فأنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث حتى يجمع ما له عندنا كما تقر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بأن لا يجيزه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم تظاهر الابدال بفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكنه الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فلا وفي إرادته بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولاً فلا نحتاج إلى سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير انصح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه إذ ليس في جنس الوصية ما يخرج عن الجواز وعدمه لكونها مقيضة لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما فإن قيد كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى ينسدرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلاً لا مجرد رفع التساوي حتى لا يكون من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لأننا نقول في الاستحباب يع الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلاً فمن أين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولئن سلم جواز إرادة ذلك به يفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فبخلاف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لها ارتكابه محل صحيح قط فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف ههنا فإن صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها أي كونها رجوعاً عنها وهذه الصفات كما حصلت مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلاً حتى عدم الجواز فأنه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لآلئهم متصوفاً بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

(قوله وسببها سبب التبرعات) أقول وهو طلب زيادة الزلف في العقبى كما مر في الوقف (قوله وشرائطها) كون الموصى أهلاً للتبرع

(٥٣ - تكمله ثامن)

الميراث أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلاً) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حرياً غير مستأمن فإن كان لا تصح الوصية من مسلم أو ذمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لانه قليل مضاف الى حال زوال مالكيته ولو انشيف الى حال قيامها بان قيل ملكته غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسنناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف اليات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بعالمه على وجه لم يرضى فيه يتحقق مقصده المآلى ولو أنهم ضمه اليه بصرفه الى مطلبه الخالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيننا

الكتب وأماناته فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدا صرح به وانما الذى صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذى ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم انما ذكره وأما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها أو شرائطها أو ركناها أو حكمها أو صفتها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين وأما الثالث فلان قوله فالأولى إرادته بالوالت العاطفة لا يكاد يصح اذ لو أوردته المصنف بالوالت العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى إرادته بالوالت العاطفة وأمرى انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يتناسب ما مرأنا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سأتى في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم الا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لأنهم مستحبة على الإطلاق فكانه قال انهم لا اتصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزبلى في التبيين قال في العناية أخذنا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيرا الوصية للوالدين والاقرين والمستحب علينا فرض ولما يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرون فرض نظرا لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انهم افرض في حق الوالدين والاقرين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب تحرير هذه المسألة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا على ما قبل المتبادر أن تكون دليلا على قرينتها ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلا على القول الثانى وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلا آخر

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فتدبره غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيرا الوصية للوالدين والاقرين والمستحب علينا فرض ولما يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه قليل مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضافه الى حال قيامها بان قال لم يكن غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسنناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيننا) في أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرون) أقول بسبب الكفر أو الرق

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق نفع الاسلام في أصوله وقررناه في التقرير بربان الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك (٤١٩) الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه

الوصية عليهما وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهم ما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكروا خلاف الاسلام وجه آخر وقد قررناه في التقرير واستدلالة بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (اجماع الامية) وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام بثلاث أموالكم من غير تقييد باجازه وقوله (وسنين ما هو الا فضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعون لها حيث شئتم أو قال حيث أحببتكم وعليه اجماع الامية ثم نصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة لأورثه لما روينا وسنين ما هو الا فضل فيه ان شاء الله تعالى

بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى بخازن أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على الف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكرك على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكر ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتضى أثره الشارح العمري أقول فيه بحث اذا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعاً اللهم الا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جواباً عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جواباً قاطعاً عنه عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تقييد لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد ليكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك لدفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالمالية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق نفع الاسلام في أصوله وقد قررناه في التقرير بربان الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليهما وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهم ما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان الموارث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فنأين يلزم انتفاء

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليهما (قوله بل بعد أي وصية كانت نصيبها) أقول وانما فيه بحث فان

دلالة ما ذكره على عدم بقاء يوم الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها عن غيرها أيضا وان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يبدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثالث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
الثالث والثالث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف

وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب الموارث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب في مقدار الثالث وعن هذا أورد القاضي النيسابوري في تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام ففسخ بآية الموارث بان قال فيه نظرا لان آية الموارث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقدم الوصية مطلقا انتهى ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتيب هذه الوصية عليهم في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتيبها عليها انتهى أقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيسا بكلام الله تعالى فانه تعالى قال في أول آية الموارث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي بأخركم ويعهد اليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهوا بل كان فيها لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثالث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثالث والثالث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثالث صراحة وقوة عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثالث على خلاف القياس فبقى ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدلل عليه بهم هذا دون ذلك انتهى أقول ليس هذا بسديد لا ينجي عليه أن قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثالث لاصراحة وهو ظاهر ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثالث جواز الوصية بما زاد على الثالث وعدم جوازها ما سكوت عنهم بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثالث على خلاف القياس فبقى ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بدلول ذلك الحديث أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثالث ذلك الحديث وقال ذلك البعض الا أن القائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها بالثالث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثالث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بتمام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها بالثالث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثالث الا أن قوله عليه السلام والثالث كثير بعد انبات جوازها بالثالث بقوله الثالث بالنصب على تقدير أعط الثالث أو أوص الثالث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي الثالث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي يكفيك الثالث يدل على نفي الزيادة على الثالث فان المراد به أن الثالث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ الفائدة في ذكر قوله والثالث كثير بعد قوله الثالث سوى نفي جواز التجاوز عن الثالث فيحمل عليه لا محالة وقد أشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثالث والثالث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد قول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا

(ولا تجوز بما زاد على الثالث) لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودي فقالت يا رسول الله أفأوصي بحالي كله قال لا فقالت فما النصف قال لا قلت فما الثالث والثالث كثير لا تدع أهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

(قول المصنف ولا تجوز بما زاد على الثالث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد الثالث والثالث كثير) أقول قال النوراني يجوز رفع الثالث ونصبه فالرفع على أنه فاعل أي يكفيك الثالث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الأغراء أو على تقدير أعط الثالث

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم بخبرنا عما يتفق من الاشارة على ما بينه وقد جاء في الحديث الخفيف في الوصية من أكبر الكبار وفسرهم بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الأن يجيزه الورثة بعدموته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر بإجازتهم في حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق ثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتشبه فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لافيا اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به قالوا في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الآن يجيزه الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا يجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض وبأى توجيئه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثله قوله أو وصيت لفلان بثلاث مائة في قوة أو وصيت له بثلاثة وثلاثة الآخر ويجعل قوله أو وصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أو وصيت له بثمانية آلاف وبالفين الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغثاء ما أمكن وحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بالمقتضى يجوز تصحيته بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى أقول حسب انه أي بأمرهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدركه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ألا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدر في بيع بصفة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واختفى في النكاح والمخذور وبحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا كان متعدد بان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن اللغاء هما أمكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعوا اليه أصلا فيما نحن فيه لان الغناء الوصية فيما فضل عن الثلث اذ اردوا الورثة واثباتهم في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (تحرزا عما يتفق من الاشارة) أي احترازا عما يوجد من تأذي البعض وقطيعة الرحم بسبب اتيار البعض على البعض (على ما بينه) يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الخفيف في الوصية روى بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله (الأن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث

(قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفي مباحث العلة من كتب الاصول ان المرض علة تشبه الاسباب

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان (٣٣ ح) لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا ما أجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لان لم يعدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعدموت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت فيه ما مستند الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله وانما ثبت قبله بمجرد حق الملك

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذا لحق يثبت عند الموت الآن المراد هنا بثبوت بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى

قوله لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذا لحق يثبت عند الموت الآن المراد هنا بثبوت بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى

(فلو استند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لا نقبل الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفع الوهم من يقول حق الوارث يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه فالبالحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٣٣ ع) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الموت والاتصال لو انقلب الحق

فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا بطلان الحق لا يكون رضايه بطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازة البقية فحكمه ما ذكرناه

الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق انفسا اذ الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفع الوهم من يقول حق الورثة يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلب الحق حقيقة أصلا فاضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق بمجرد تعلق حقهم بحال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بديهي ولم يقم عليه برهان وهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتمعا مالاك وابن أبي ليلي والزهرى والاوزاعى وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الموت لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظر الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظر الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فحين بين أمرين المخفوع على ما قبله ليس بسديد أما أولا فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظر الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرفت أن ثمة حقا وحقيقة وانما رضى بطلان الحق لا يبطـ لان الحقيقة لان الرضا بطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر

(قال المصنف فلو استند من

كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا بطلان الحقيقة الخ كافي الكافي لكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلو استند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه) أقول أى جرح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو وتبديل مانع بقوله باطلا فامل فان لما في الكتاب وجهها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فحين بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال لاحدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره نفر بعدا على مسئلة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصي (ع ٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالوصي له يملك من الموصي وقوله

(وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتبة من اذا أجاز بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل

اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما ما ناسيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قدره فيما قبل وما ذكر في الكتاب بمنع جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فتحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موته أبيه بما ذكره قبله كما قبله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فتحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلامه يستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكثر رقبته إلى أن يموت الجرح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح الا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتمكز وتحدد إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فتحن بين أمرين الخ فلا بد أن جاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث) قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلم أن لا يتمشى فيما اذا كان ما أحازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازته الوصية للوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كسبة مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكرنا من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما راد على الثلث والوارث والقاتل والاجازة لا يعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تملك بلا عوض انتهى فإنه يعم السبب ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل أقول للقاتل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعوم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها

له يملك من الموصي وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني أن الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد له كونه هبة فكانه يقول لو كان هبة كان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتبة اذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمستبري يثبت من قبله فاجازة المرتبة رفع المانع وعدم ورض بان الوارث ان أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه ما الكافي يكون التملك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تملكيا كالعقود والقائمة تظهر فيما اذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة وتصير ملكا للموصي له قبل التسليم ويخير الوارث على التسليم بعد ما عندنا ولو كان التملك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام ليكون الاجازة حينئذ هبة قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشرة القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل (قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد له كونه هبة) أقول كيف يكون ردنا إذا الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لا انعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

ولاه

التمليك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام ليكون الاجازة حينئذ هبة

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشرة القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد له كونه هبة) أقول كيف يكون ردنا إذا الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لا انعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

(ولأنه استعمل ما أخره الله فبحرم الوصية يحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كافي الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التقصى عن عهده كونه قياسا على طريقته ما عرجا واولئك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندها وعندنا لا تبطل (٥٣٥) والحجة عليه في الفصلين) يعني فيما اذا كان

القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلا لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي كره واعترض عليه بأن ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية وأما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة وأجيب بجعل الجرح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كالمقتل مؤخر عن الوصية واعترض بنقض اجالي بأن ما ذكرتم لوصح بجميع مقدماته لما عتق

ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندها وعندنا لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

حيث شئتم أو قال حيث أحببتكم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وأن صلح أن يكون مختصا العموم ذلك الحديث الآخر فاعلم بان تصور ذلك عند ثبوت تأخر وروده هذا الحديث عن وروده ذلك الحديث وهو ليس بمأبوت قط فاذا لم يعلم القارئ يحتمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضوا بتساوقا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فنأين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء تنكرا في محل النفي فيعلم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المختص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مختصا الكتاب الله تعالى لكونه خبرا لواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفت فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كافي الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شيء ولا الجواب أما الأول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كافي الصورتين المتبروتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعله الاستعمال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيها وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم المغايضة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله اذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضالو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن

الميراث اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بأن عتقه من حيث ان موته جعل شرط العتقه وقد وجد ولكنه يسمى الميراث في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فبر من حيث المعنى بالحب السعاية (ولو أجازت الورثة

(٥٤ - تنبيه ثامن) الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

(قال المصنف ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أن لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما نقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تريد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثالا (قوله وسأولك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخر عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفيع بطلان الميراث ولا نهم لا يرضونها
للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى
كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولانه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجوز قطعية الرحم

للمتجول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعاً والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة
عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن
الميراث والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى بخلاف قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث
والله أشار المصنف بقوله ولانه استعمل ما أخره الله تعالى يعني استعمله بارتكاب جنابة عظيمة فحرم
الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جنابة عظيمة
فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجراً كحرمان الميراث فيثبت انتمى ثم قال صاحب
العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتهما على طريق الدلالة أسهل انتهى
أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققاً
في المحقق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي وتتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على
أصل أبي حنيفة ومحمد فان المعنى المقتضى لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بأجازه الورثة
أصلاً ولهم هذا الارث القاتل سواء أجازاه الورثة أو لم تجزهم بخلاف المعنى المقتضى لحرمانه عن الوصية فانه
يتغير ويتكسر بأجازه الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما
ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد
شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون حرمان المصنف
بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الإلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده مجرد التنظير
والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لم يلد عليه العلة بل احتياج إليه فان استعمل
النازل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن
الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلاً وتسقط السكيات المتعلقة به بمجرد إفرازها كما لا يخفى
(قوله وله ما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفيع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما
هذا ضعيفاً جداً فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق إذ قد تقرر فيما مر أن
الشرع لم يعتبر تعاقب حقهم بقدر الثلث ولا إذا أجازت الوصية بهذا القدر للجانبا وان لم تجزها الورثة
وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر
الثلث أيضاً لحقهم ثم ان تعديل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفيع بطلان الميراث ليس بتمام لان
مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضى كونه في الارث أيضاً
لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضاً بأجازههم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فان قيل ما الفرق
بيننا وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صححت في الوصية دون الميراث أجيب بأن الاجازة تصرف من
العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة
الزمرع لا يصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظراً لان الكلام ههنا ليس في
نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والاخر من جهة الشرع بل
انما الكلام ههنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه
عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظراً الى دليلهما وفي كونهما من جهة
العبد نظراً الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فسامعني أن تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد

وله ما أن الامتناع لحق
الورثة) الى آخر ما ذكر في
الكتاب فان قيل ما الفرق
بيننا وبين الميراث اذا أجازت
الورثة حيث صححت الوصية
دون الميراث أجيب بان
الاجازة تصرف من العبد
فتعمل فيما كان من جهة
العبد والوصية من جهة العبد
فتعمل فيه بخلاف الميراث
فانه من جهة الشرع لا يصنع
للعبد فيه فلا يعمل فيه
تصرف العبد وقوله (ولا نهم
لا يرضونها) أي الوصية
(للقاتل كما لا يرضونها
لاحدهم) أي لاحد الورثة
وفي الوصية لاحدهم ان
أجازها البقية نفذت فكذا
القاتل وقوله (ولا تجوز
لوارثه) أي لوارث الموصى
(لقوله عليه السلام ان الله
أعطى كل ذي حق حقه ألا
الوصية لوارث ولانه يتأذى
البعض) الى آخر ما ذكر في
الكتاب

وقوله (بالحديث الذي روينا) إشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى قاضخان ولوا أوصى لآخونه الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلا لآلانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مسكان الابن جازت الوصية لآلآخ لاب والآخ لام وبطلت لآلآخ لاب وأم لأنه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها لآلآخ لأب لأنه لا يرثه وبطلت لآلآخ لاب وأم ولآلآخ لام لانهم ما يرثونه وقوله (واقصرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء والمذكور أي يعتبر في الإقرار والوارث وقت الإقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الإقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد (٤٣٧) لمولاه فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لآخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار لآخ وارثا بطل إقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لانه كونه محجورا فلا يكون إقرارا للوارث وكلامنا فيه والآخر ليس محجور فيه كون وارثا عند الإقرار وان كان محجورا والإقرار للوارث باطل

ولانه حيف بالحديث الذي روينا ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تليست مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لانها وصية حكمها حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار

في ارتفاع أحدهم مادون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولانه حيف بالحديث الذي روينا) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي روينا إشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية بل لم يتقدم منه ثم ذكر تلك المسئلة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها ههنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي روينا هو الإشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله وإقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء وقال صاحب العناية أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور ورد عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالهبة لا المذكور فالأولى أو ما ذكرنا انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة بتأويل التأييد لا المذكور أن لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر في علم الادب أن الالف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المأزني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فينشد بصير لفظ المذكور في معنى ما ذكره يعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تأويل التأييد بصلته لعدم علامة التأييد في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذ كرمال

محجورا والإقرار للوارث باطل

(قوله بتأويل الإيصاء أو المذكور) أقول الوصية هي المذكورة بالهبة لا المذكور فالأولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الإقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين قال في السكا في فصل في اعتبار حالة الوصية فيميل باب العتق في المرض واذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له دين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الإقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البتة قائم وقت الإقرار فيورث تهمته الا يشارفصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كمن أقر لآخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والآخر المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليه محالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والآخر ليس محجور فيه) أقول فيه بحث فانه يقتضي أن لا تجوز الوصية لآلآخ ولا الإقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الإقرار بالتبين وأما ما ألمحت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

قال (ويجوز أن يوصى المسلم
للكافر) وصية المسلم للكافر
الذي وعكسها جائزة فأما
الأول فلقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم

في الدين الآية نفي النهي عن
البر اليهم والوصية لهم بالبر
فكانت غير منية وأما
الثاني فلماذا كره في الكتاب
وأما الوصية لأهل الحرب
ففي رواية الجامع الصغير
باطلة وقالوا في شروح الجامع
الصغير أنه ذكر في السير
الكبير ما يدل على جواز
الوصية لهم ووجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن
يفعل وإن فعل ثبت الملك
لهم لأنهم من أهل الملك
وأما وصية الحربى بعد
مادخل دار بأمان فإنها
جائزة لأنه ولاية تملك ماله
في حياته فكذلك بعد وفاته
خلاؤه لا فرق بين وصيته
بالثالث وبجميع ماله لأن
منع المسلم عما زاد على الثالث
لحق وورثته المسلمين لأنه
معصوم عن الإبطال وورثة
الحربى ليست كذلك

قال المصنف والثاني لأنهم
بعقد الذمة ساووا المسلمين
في المعاملات أقول
لا اختصاص لهذا الدليل
بالثاني بل نعم الأول أيضا
(قوله وإنما جعل هذا
التصديق أفضل) أقول
فيه بحث

قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والمسلم للكافر) فالدول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع
من الجانبين في حالة الحلية فكذلك بعد المعاملات (وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى
انهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

أيه فإن المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من
باب الوصية بالثلث فيما سياتى واعترف صاحب الغاية أيضا بجملة ما بان الصدر الشهيد وغيره ذكره وما ذكره
المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فاقاله هناك أن أنه سهو منه لا يصح عمله غفول عن ذلك وسهو
من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه
السهو فإنه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات الثقات ثم إن تاج
الشرعية بعد أن فسّر قول المصنف اقرار المريض للأورث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث
وقت الاقرار لازمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وإن لم يكن وارثا زمان الموت
ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وإن صار وارثا زمان الموت لأن الاقرار يجب في الحال ولهذا
ملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه به بحث فإن قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا
لا يصح الاقرار وإن لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيان في فتاواه في فصل
اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان أقر الأخ له
ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن
الاختلال في بعض مواضعها تركها وبيان اختلافها متخافة عن الاطناب الممل (قوله قال
ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) قال في الكفاية أراد به الذي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن
الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل
ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف
دليلا على إرادة القدوري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد بأهل
الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية للحربى هو
في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقى الحربى المستأمن خارجا عن مسألة الجامع الصغير فكيف
تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعنى الحربى
المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز
أن يوصى للذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على حل المصنف
مراد القدوري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذي
وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على
حل المصنف أيضا لأنه على الذي فقط كما لا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب
باطلة) قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى واقفى أثرهم
صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب أقول والآنصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما
يأبى التوفيق المذكور جدا إذ قد تقر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد
منها فإنه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع لفظ فاسد بدل لفظة باطلة لكان
لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط فإنه لم يقبل قولهم ذكر
في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا ردّ كرفي السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للأسلم أن يوصي للحربي كما ذكر في الأصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة ثمة لأوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وأنه دال على بطلانها إلى هذا لفظ المحيط فتأمل ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التسوية في المار الذكرفي عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال أقول لا ينبغي بعد ذلك وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن فإن الحربي مادام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لأوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (وقوله وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا ينبغي أن يبين وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به عليك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بعد دون الثلث أه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لأن بيان وقت القبول إن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به عليك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مئة قضى صريح كلامه المذكور فيسأل أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكأنه أراد أن يقول لا ينبغي أن يبين وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخطب في تحريره حيث عكس الأمر (وقوله ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الأجني وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصدقة لهم حبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيأتي والتصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها بالتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكر في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالمراث من حيث أنها غلّة بالموت وشبه بالهبة من حيث أنها غلّة بتعليل الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكن من الموصى له فقلنا لا غلّة قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا أنه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وإن مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبضوا في الاستحسان

وقوله (ويستحب أن يوصي الإنسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل إليه الإشارة في قوله إنك أن تدع عيالك الحديث ومعناه ورثك أقرب إليك من الأجانب فترك المال لهم خير من الوصية

ثم الرصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الزرقة ففسراء ولا يستغنون بما يرثون ذلت ترك
أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح
ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرباء جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالرصية أولى لانه
يكون صدقة على الاجنبي والتركة حبة من القريب والاولى أولى لانه يتغنى به اوجه الله تعالى

معاولى من العدل بأحد هما فقط (قوله ثم الرصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولما قيل أن يقول
قدحكم فيما مر أنقبا ان الرصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الزرقة أغنياء أو فقراء ولا شك أن
المستحب هو الذى كان فعلا أولى من تركه فمما معنى التردد هنا بان الرصية بأقل من الثلث أولى أم
تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الزرقة ففسراء الخ والجواب أن الاستحباب فى قوله سابقا
ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث
اى مصب الافادة فى ذلك الكلام قيده لانه نفسه فمال معناه الى أن التتقيص عن الثلث فى الرصية مستحب
مطلقا وهذا انما يقتضى أن يكون التتقيص من الثلث فى الرصية أولى من التكميل مطلقا وهذا قال
المصنف فى تعليله لان فى التتقيص صلة القريب بترك ماله عاينهم وهذا المعنى لا ينافى أن يكون ترك
الرصية بالكلية أولى من التتقيص عن الثلث أيضا فى بعض الصور فيبين المصنف ذلك بما قالوا ان
كانت الزرقة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم
فالرصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق أنقبا بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله
حكما ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل
الصدقة على ذي الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذى أولى كشحه وهو ما بين المصارعة الى الضلع
وقيل الكاشح هو الذى أضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان فى التصديق
عليه مخالفة النفس وقهرها كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شئ وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على
أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب
فلا يتم التفريق وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يبنى بتمام المدعى ولذلك لم
يصدره باداة التعليل إلا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدى نفعا لان ذلك الحديث فى مقام
التعليل ههنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدر به اوله هذا صدره صاحب الكافي بالآدم حيث قال
لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كانه قصد دفع ذلك
القصور وواصلح المقام فقال فى شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من
الشكل الاول كبراه مطوية وهى وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها
مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على
أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم
يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا تاما فان ان
أغنياء عن منع قوله فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم
غير كاشح منع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي
الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأخير فى
أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأخيرا فيه ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح
أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح لان فى كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من
الحديث الشريف فمن أين يعلى أفضلية أحد ههنا من الاخر تأمل تقف (قوله وان كانوا أغنياء
أو يستغنون بنصيبهم فالرصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والتركة حبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبى بكر وعمر
قالا لأن يوصى بالنفس أحب
الى من أن يوصى بالربع
ولان يوصى بالربع أحب
الى من أن يوصى بالثلث
والكاشح العدو الذى أولى
كشحه وهو ما بين المصارعة
الى الضلع وقيل الكاشح
الذى أضمر العداوة فى
كشحه وانما جعل هذا التصديق
أفضل لان فى التصديق عليه
مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال
النبي عليه الصلاة والسلام
أفضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح) أقول هذا
الحديث لا يبنى بتمام المدعى
ولذلك لم يصدره باداة التعليل

(257)

أقول للمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقاً إذا أجنبي الموصى له قد يكون غنياً أيضاً فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فقد بذر (قوله) ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرث عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الأول أن يشتري المريض شيئاً ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرده على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لأنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصى له انتهى أقول في تصوّر الثاني بما ذكرنا نظر لأن الموصى إذا باع شيئاً من الموصى به يصير راجعاً عن وصيته كما سيحكي تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب الرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة يبيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لالكون الوصية أنبات ملكاً جديداً فلا يتم التبرع (قوله) ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانه واجب على ماصرحوا به فالأولى في التعليل البسط بأن يقال لأنه حق العبد وأداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما إذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالسج والزكاة ونحوهما وأياً ما كان يقدم الدين عليها ما في الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا سيما وأما في الشق الثاني فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتماعاً لاحتياج العبد دون الله

تفديتي ماله علي غرد فمكان الرصبة أولى

(قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول أى باع الموصى (قوله لا يرد على الموصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فإنه يفرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كما لا يخفى

بصرفه الى نفسه في نيل
الزاني وقوله (كما بيناه) اشارة
الى قوله فالترك أولى لما فيه
من الصدقة على القريب
الح فإنه يفيد اما افضلية
الترك في الثواب أو تساويهما
فيه وقوله (والمعتبر في
النفع والضرر) تنزل في
الجواب كأنه يقول سلمنا أن
بالوصية يحصل الثواب دون
تركها لكن المعتبر في النفع
والضرر هو النظر الى أوضاع
التصرفات دون العوارض
اللاحقة ألا ترى أن الطلاق
لا يصح منه وان أمكن أن
يكون نافعا بأن يطلق
أخره معسرة شوهاء
ويتزوج بائنا الموسرة
الحسنة ليكون ذلك من
العوارض والوصية في
الاصل تبرع والصبي ليس
من أهله

تعالى كما عرف في محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم بحجرا) يعني كان بالغام
بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا بحجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها
(أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب العناية وفيه نظر عندى لانه
صرح الراوى بأنه أوصى لابنة عم له بحال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتل أن يقال
انه كان أدركه لكن سمي غلاما بحجازا لانه صرح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورد
صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صرح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم
يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بحال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا بحجازا أو بكون الوصية في التجهيز
وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله
بعنه وقوله أنه أوصى لابنة عم له بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك
الجواب بسديد أما أولا فلانه اذا كان لفظ اليافع في الاثر المزبور بحجازا عن مكان بالغام بعض على
بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان
الراوى نقله عنه الحق في لزوم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانيا فلان قوله وقوله أنه أوصى
لابنة عم له بحال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا فان معنى أوصى له بحال
المسكوكا وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ما كالغصير كما لا يخفى نعم لو كان المروى في
لأثر أنه أوصى الى ابنة عم له بكامة الى بدل كلمة الام لم يلزم التنافي لان معنى أوصى اليه جعله وصيا فيجوز
أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروى في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بحال
يبقى لتأويل المذكر رجلا (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورتته كما بيناه) قال في العناية
له يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزلفي وقوله كما بيناه اشارة

(قوله ورد بأه صح في رواية
الحدث أنه كان غلاما إلى

(٥٥ - تكمله ثامن) قوله نقله بعنائه أقول الرد لا تنقاني وفي شرح الوحي للرافعي في وصية الصبي المميز وتذبيره قولان أرجحهما عند الاستاذ أبي منصور أنهم الصحيحان لما روي أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث ففرقت القضية إلى عمر فجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزيل ملكه في الحال وتنفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والشافعي وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهم ما باطلان كهفته واعماقه وذلك لانه لا عبارة له ولهذا لا يصح بهعه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له عمال لا ينشأ في أن يكون مما ينشأ على تجهيز و امر دفنه) أقول لو أريد ذلك لقليل إلى ابنة عم له (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتأوا اليتماء الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهم ما فيه) أقول فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك أورد المصنف بصيغة التمريض (قوله كأنه يقول سلما أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليست أم

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا اعتقت فملك ما لي وصية يصح (لان أهليتهم ما مستمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تحيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر انفا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الخث في ملك المكاتب والمأذون من أعيان الجامع الكبير وما عرفت ثم هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه (ع ٣٤ ع ٤) فبما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما مالهما ان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرب ولا في حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف العين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسيحاوي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصى على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل (فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعدموته لأنه يملكه في الحال والاستخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهم ما مستمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندنا تصح رد الهاء الى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فبما استقبل فهو حر ثم عتق ذلك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذهى أخته الا أنه يرتد باردا فبما فيه من معنى التملك الى قوله فالترك أولى لمافي من الصدقة على القريب الخ فإنه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فانه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عنده قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما يشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزاني في صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فإنه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فانه اذا افضلية متعينة حينئذ فلا معنى للتريد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا في صورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذكور هذه البقية وهو التحيز بين الوصية وتر كها على القول المختار المذكور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالحمل لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا أفضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضلية في الوصية على القول المختار أو الوصية وتر كها سيما في القول الضعيف كما نقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزاني ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء بالاثبات بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتر كها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا تيسر احراز الثواب بتر كها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا ورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التبريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة وبالحمل كما اذا أوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن منه امكن بشرط أن يعلم أنها موجودة في البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي

مخلاف

يصلح له الجنين ارنافكذا وصية لانهم ما أختان فان قيل لو كانتا أختين لما جاز زدها كالم يجز زده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايصاء (يرتد باردا فبما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى يحكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصى ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضا

بمخلاف الهبة لانها تملك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

وصحة الاستيعاب في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي باجاءته لا قبل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاستيعابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زيادة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصي له وبه وقت موت الموصي أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحة وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تملك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسجى أيضا أنه لو قال أوصيت بثلاث مالى لفلان وليس له مال ثم استغاد مالا كان للموصي له ثلاث ما ترك وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلاث للذين حدثوا من بنيهم فتمين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم ينتبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لمالى بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقيق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحة وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على هذه لبيان أن الاعتبار لصحة الايجاب في الوصايا بوجود الموصي به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكره في هذا الفصل أن الموصي به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلاث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصي له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلاث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصي له ولم تعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن الاعتبار لصحة الايجاب في أكثر أقسام الوصايا بوجود الموصي به وقت الوصية لا وقت الموت فلامعنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحة وجودهما أي وجود الموصي له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تملك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الايجاب ليس بتمام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما صرح من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسجى أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلاث مالى وليس له مال ثم استغاد مالا كان للموصي له ثلاث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون الاعتبار وقت الموت فيما اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلاث مالى لفلان لا فيما اذا كان الموصي به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي ستجىء

وقوله (بمخلاف الهبة)
متصل بقوله وتجاوز الوصية
للمملوك يعنى أن الهبة للمملوك
لا تصح (لانها تملك محض)
والجنين ليس بصالح لذلك
لان الملك بالهبة انما يثبت
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه
ليملكه شيئا) يحصل الملك
فيه بالقبض

في الكتاب هذا اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال وأما اذا كان معيناً في نوع من المال فالمحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً وقوله وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بنام لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سيما عند الطحاوي في أن يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منشا الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتمدها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهو أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لمافي بطنه أبكذا كونه موجوداً في بطنه وقتئذ لا يكاد يصح أن لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لمافي بطنه أبكذا كونه موجوداً وقتئذ بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهم ماعداً وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنه في هذا الوقت تحكم بحكم بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنه وأما كون ثبوته في وقت الوصية أدي في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وإنما المعين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بأن قال وجهه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم إن ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لا بد له دلالة على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما أي في الموصي له وبه وأخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول إن صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجاوز الوصية للحمل وبالجل أن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلأنه تجرى فيه الورثة فجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا وجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا ينبغي أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذيل الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم إنه أخطأ في قوله وأخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالجل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجاوز الوصية للحمل وبالجل هو الوصية بالجل ثم إن الزيلعي قال في شرح الكنز ذكر في الكافي ما يدل على أنه أن أوصى له بغيره من وقت الوصية وإن أوصى به بغيره من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضاً سديلاً لأن عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجاوز الوصية للحمل وبالجل أن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا ينبغي أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالجل فقط لكونه قد قرر بياضه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالجل فن أن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الحل بعرضية الوجود اذا الكلام) فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لافل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجود وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجودا وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبابها) أو (وسع الحاجة الخ) وان اختلف في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحته في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كتمصها وسراويلها مما يتلبس به اوفيه اشارة الى ما يقال الحل جزء من الام قبل الانفصال كالمدة والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الحل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو

تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أو (وسع الحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلا تنصح في الموجود) قال (ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا اذا فرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحل بالوصية لجواز استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذا لفرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع

فان الوصية في الاف صححة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لان سلم أن اسم الجارية لا يتناول الحل فانه لو لم يستثن استحققه الموصي له ولو لم يتناول لما استحققه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا يعني انه لم يتناول بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصي عن قيد

البيوع في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالحل وبه سدا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيننا من أحدهما الوجهين فبندر (قوله وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الحل بعرضية الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لافل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير أن وضعت لافل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضى بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا اذا فرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعديل ينقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاجلها ففسد البيع مع إمكان جريان هذا التعديل هناك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد

الافراد فاذا فرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية به مفردة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره في البيوع (قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لافل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعت لافل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الحل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو يزيد فليتنامل (قوله والجواب ستسمعه) أقول في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعلوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناءه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر مما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناءه يعني لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولها) أقول ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعافا للحل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقصر أن ما لا يتناول اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعافا لا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقصر أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الختام والخل من البستان فليتنامل في الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) (٤٣٨) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لأنه تبرع لم يتم فجاء الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت واليجاب يصح إبطاله قبل القبول كافي البيع قال (وإذا صرح بالرجوع أو فعمل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنهم اتعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عدناه هذه الأفعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلبثه بالسمن والدار ينفي فيه الموصى والقطن يحشوه وبالطانة يبطن بها والظاهرة يظهر بها لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريره قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

والجمل مما لا يصح إفراده بالبيع فلا يصح استثناءه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الأمر في الوصية فإن أفراد الجمل بالوصية يصح فكذا استثناءه منها كما سيأتي في التعليل الثاني لأننا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الأول فلا معنى للخلط ثم إن صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لأن اسم الجارية لا يتناول الجمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كقبيصة هاوسر أو بلها بما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لا يتناول الجمل أفظا صغرى أقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية وأن يكون ذلك أقياس وحده دليله المستقلة على صحة استثناء الجمل في مسئلة تناخذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناوله اسم الجارية للحمل على صحة استثناءه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فإن معناه هو الانحراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الإقرار بالاستثناء ما لا يدخل تحت اللفظ وعلى كل من التبعيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرف في محله سيما في كتب الأصول ويمكن أن يقال إن صيغة الاستثناء وإن كانت مجازا في المنقطع الآن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقرير وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه إشارة إلى ما يقال الجمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الجمل وذلك لأن اسم الجارية يتناولها ما انتهى واعتراض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولها ما حيث قال إن أراد مقصودا فليس كذلك وإن أراد تبعا للجمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط إذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولها مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشيء إذ لا ريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أوصيت

بموت الموصى والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففي الجمل يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت واليجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كافي البيع في التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به فلان وقد يكون دلالة له أنواع ذكر المصنف إتمام الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد (اعلم أن محمد ذكروا في الجامع أن رجوع الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع في مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحد انما يلتنف إلى اذ أصبح الانكار والانكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحد بخبر الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها الصحة لانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحد لا على الجحد الحقيقي فإنه قال فيه إذا أوصى الرجل لرجل بثلاث ماله ثم قال لقوم

(قوله اعلم أن محمد ذكروا في الجامع) أقول يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ وقال

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها جميع أجزاء الحقيقة مقصودا اذ لا معنى لايضاء الجارية بدون يدها وأرجلها
أونحو ذلك لا تمنع الانتفاع بها بدون أجزاء الحقيقة مقصودا اذ لا معنى لايضاء الجارية بدون يدها وأرجلها
يبرز منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في
اليوم ويمكن انفسكا كها عند بوضعها الياء بخلاف أن لا يكون مقصودا عند اتصالها بها كما لا يخفى ثم قال
صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول اللفظ فالجواب أن
حجته باعتبار تقرير مالك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان
الوصية في الاف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملك في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى
منه فانه لم يكن داخلًا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله
اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعًا لايصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولوصح الاستثناء باعتبار
تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والقسم من الخاتم والنخل من البستان فليتنامل في
انترق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت بشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار
أنه لو قال هذه الدار لفلان الابناء فانه في الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء
يدخل تبعًا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعًا فلم يحكموا بطلان الاستثناء هناك ولم
يصحوه باعتبار تقرير الملك كما صحوا به هنا قلت انما لم يصحوا ذلك لاستثناؤه ابطال حق ثبت بالاقرار
ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية أنه لا يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق
التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في
كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء
فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بجماعة من الابناء اذ قد تقرر في مباحث
الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بهذا كالمستثنى فيثبت الحكم
فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثل هذه الدار لفلان الابناء على تقدير أن يصح الاستثناء غير
بناء هذه الدار لفلان وهذا يدفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر
أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى جعل
الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك
لما احتج الى شيء من التعليمين المذكورين في الكتاب لمسئلة هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام
ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجى بعتفاصليها وتعاريفها بعميد هذه المسئلة (قوله
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون
رجوعا) قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والاقالة نفي في الرجوع عنها بمعنى فسختها ورفعها
وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان جحود
الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان بمعنى بل المراد أنهم ما متحدان حكما وهو ابطال
الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركه الموصى فيكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى
سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلالة المذكور على الثاني دون
الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير ورودها انما يؤل الى ما ذكره المصنف في

أن يكون رجوعا

(و. ح. ان بقول) وهو ان يقول لم اوس لفلان او اوسيت له (ففي في الماضي) لتكون موضوع ذلك والانتفاء في الحال شرط في وجوده
 لا يترتب على ان ثبت ما لم يعمروا ان الكذب ثابت في الحال لكونه كذا في وجوده اذ الفرض انه اوصى ثم يحدد كذا في الماضي في الماضي
 فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال لكان انما هو في الحال وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال
 برؤية في بعض الحال وكلاهما صائرا عن المطالب في الحال وقوله (اولان الرجوع اثبات في الماضي وفي في الحال والحال هو في في
 الماضي والحال دليل آخر في حقيقة ان الاسم مركب من الشيء والاثبات والاخر مجرد الشيء فلا يكون باطلا ودرجة عادية ودلالة كسر
 اذنا راية نظرين وجهين احدهما (٢٤٠) انه قال في الدليل الاول ان الجود في في الماضي والانتفاء في الحال

ونحن ان الجود في في الماضي والانتفاء في الحال شرط في وجوده واذا كان ثابتا في الحال كان الجود في الحال
 اولان الرجوع اثبات في الماضي وفي في الحال وبطل ودني في الماضي والحال فلا يكون رجوعا
 حقيقة وله فلا يكون وجودا التمسك بفرقة

الاعمال الثمانية لخدمته انه كما لا يخفى على التأمل فلا وجه لتسببه الى نفسه بقوله قلت (قوله ولخدمته
 ان الجود في في الماضي والانتفاء في الحال شرط في وجوده واذا كان ثابتا في الحال كان الجود في الحال
 قال صاحب العناية في شرح هذا التعليق رحمه الله ان الجود هو وان يقول لم اوس لفلان او اوس
 اوسيت له في في الماضي لكونه موضوع ذلك والانتفاء في الحال شرط في وجوده اذ الفرض انه اوصى ثم يحدد كذا في الماضي
 ما لم يتغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كذا في وجوده اذ الفرض انه اوصى ثم يحدد كذا في الماضي
 في الماضي باطلا في كل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجود هو انتهى اقول في
 حال اما اوله فلا يثبت اسم كان في قول المصنف واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم
 لان الكذب ما لم يتقدم كره في كلام المصنف لالفاظ ولا معنى ولا حكا فكيف يسبح ان يكون اسم
 كان في قوله المذموم وانه يراجع الى الكذب واما ثانيا فلا بد ان كان المراد ان لم يكن قول
 المصنف في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لاطائل فحتمه فان ثبوت الكذب في الجود
 يقتضي كون الجود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او في غيره من الازمان واما ثالثا
 فلا بد ان كان المعنى ذلك لما يتحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال شرط في وجوده اذ الفرض انه اوصى
 الكذب في وجوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم يحدد كان جوده لغوا باطلا لا يحكم له أصلا
 سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورته ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي
 بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما
 مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى اقول في نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معني
 كلام المصنف واذا كان الوصية أو الحق ثابتا في الحال لعدم كون الجود رجوعا كان الجود لغوا وليس
 معناه ذلك بل معناه واذا كان الايض أو الحق ثابتا في الحال لكونه كذا في وجوده اذ الفرض انه اوصى
 اوصى فيما مضى ثم يحدد كان الجود لغوا حيث كان الشيء في الماضي باطلا لظهور الكذب في كل
 ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله اولان
 الرجوع اثبات في الماضي وفي في الحال والجود في في الماضي والحال فلا يكون رجوعا عادية
 ولهذا لا يكون وجود التمسك بفرقة) قال في العناية في نفسه نظرا من وجهين احدهما انه قال في
 الدليل الاول ان الجود في في الماضي والانتفاء في الحال شرط في وجوده واذا كان ثابتا في الحال كان الجود في الحال

شرعية في ذلك وهي ان
 وبطل ودني في في الماضي
 والحال وبنيت في في الماضي
 والانتفاء في الحال شرط في وجوده
 كون الجود رجوعا عادية
 عدم جواز استبعاده فيه
 بجواز استبعاده في الكلام العاقل
 عن الانتفاء في الحال وبطل
 عن الاول اذ قوله في في
 الماضي والحال معناه في في
 في الماضي وضعه او حقيقة
 وفي الحال ضرورة لا وضعا
 وهو الاول فلا تنافي وعن
 الثاني بان الرجوع والجود
 بالنظر الى الماضي متبادران
 والانتفاء اذ ليس من
 في الذات الجارية في الالفاظ
 الشرعية على ما قررناه
 في الاثر والتشريع ولهذا
 لا يكون وجود التمسك
 فرقة بمعنى مستعار الالفاظ
 لان الجود يقتضي عدم
 التمسك في الماضي والطلاق
 يقتضي وجوده فكما متقابلين
 فلا يجوز استعارة أحدهما
 للآخر

(قوله واذا كان الكذب ثابتا في الحال) اقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا وهو في حكم المذكور (ولو
 حتى يرجع اليه الشرح وايضا اذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب)
 اقول فيه بحث فانه اذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم به ذكره كانه لانه لا يلائم المصادرة فان المذهب
 هو عدم كون الجود رجوعا كما لا يخفى (قوله والجواب عن الاول ان قوله الخ) اقول ويجوز ان يجاب عنه أيضا بان معنى
 على الترتيل والتسليم (قوله وعن الثاني بان الرجوع والجود بالتفسير الى الماضي الخ) اقول وقد سبق منه أيضا في باب الوكعة
 بالغمومة والتبعض

وقوله (ولو قال كل وصية

أوصيت بها) واضح وقوله (لان اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لانه لم يذكر بينهم ما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعيث الغيرة وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان أجازوا جازوا لافلا

(ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهو حرام وري بالايكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة) لانه اذا ذهب المتلاشي (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا) لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به فلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الاخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق فيه في الاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات

هذا الكتاب قال (ومن

أوصى لرجل بثلاث ماله الخ)

ومن أوصى لرجل بثلاث ماله

ثم أوصى لآخر ايضا بذلك

فالورثة اما أن يجيزوهما

أولا فان أجازوا فلهما

الثلثان ولهم الثلث وان لم

يجيزوا فالثلث بينهما

نصفان اذا ليزاد على الثلث

حيث دل بس أحدهما أولى

به من الآخر فتساوى في

سبب الاستحقاق والتساوى

فيه يوجب التساوى في

الاستحقاق فان كان المثل

يقبل الشركة جعل بينهما

وان لم يكن كرجلين أقاما

البينة على نكاح امرأة

تبطل البينتان جميعا وقوله

(وان أوصى لأحدهما بالثلث

وللاخر بالسدس) واضح

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيئ الثلث عن حقه ما اذا ليزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لأحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما ثلاثا) لان كل واحد منهما ما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيقه ما فيقتسمانه على قدر حقيقه ما كافي أصحاب الدين فيجعل الأقل سهمه والاكثر سهمين فصارت ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لأحدهما بجميع ماله وللاخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما ما نصه

والحال وبينهما ثلثان والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العادل عن الانعاء والجواب عن الاول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضاع حقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فالثاني وعن الثاني بان الرجوع والجود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى أقول بردي على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجود في الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز المتضادين ما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكا في معنى خاص وهو كونهم ثنائيين في الحال وان كان الجود نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رحمه الله ووجهه أن الجود كذب حقيقة الا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيجعل على المجاز وهو الفسخ ضمانا لكلام العادل عن الالغاء بدلا لا مكانا وأمكن جعله على الفسخ لان الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد أحد المتعاقدين لان هناك تعذر جله على الفسخ لان أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بفسخ حتى لو جحد أحدنا قول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم أتزوج بك لان هناك أيضا تعذر جله على الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق اذا مشابهة بينهما لان الجود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئاً بصورة المحابة
عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما للفان بمائة والاخر للفان بمائة فإنه حصلت
المحابة لأحدهما بألف وللآخر بمئتي مائة والكل وصية لانه في حال المرض فإن لم يكن له غيره ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث
فيكون بينهما الثلث لا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وعي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمس مائة فلو كان
هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمس مائة وصورة السعاية أن يوصى بعق
عبد من قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيره ما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجزوا اعتقا من الثلث وثلاث مائة
ألف فإنه ألف بينهما على قدر وصيتهما ثلاثا لألف الذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث الذي قيمته ألف ويسعى في الباقي وصورة
الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلاث مائة ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما ثلاثا
كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٣) لان الوصية في محرجهما صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من

الثلث ولا كذلك فيما اذا
أوصى لرجل بثلث ماله
ولا آخر بنصف ماله أو
بجميع ماله لان اللفظ في
مخرجه لم يصح لان ماله لو
كثر أو خرج له مال آخر
يدخل فيه تلك الوصية ولا
يخرج من الثلث (لانه في
الاخلافية) وهي ما اذا أوصى
لأحدهما بجميع ماله
ولا آخر بثلثه (ان الموصى
قصده شيئين الاستحقاق)
على الورثة فيما زاد على
الثلث وتفضيل بعض
أهل الوصايا على بعض
(وقد امتنع الاستحقاق لحق
الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحابة
والسعاية والدراهم المرسلة
ولا في حنيفة أن الوصية

ولا يضرب أبو حنيفة الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة) لانه في
الاخلافية أن الموصى قصده شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من
التفضيل فيثبت كما في المحابة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشرع عند عدم الاجازة من
الورثة اذا نفذت لهما بحال فيبطل أصله والار التفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل بطلانه كالمحابة
الناطقة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجتماع لان لها انفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في
المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى
بعض من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث
تعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف
ما اذا أوصى بعض من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل
الثلاث المجمع عليها وبين الاخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعدد بعينه
لاسان قيمته ألف وبعد آخر بعينه لاني ان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور
نابت فيه أيضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه بدون اجازة الورثة
لا احتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية
في تصوير صورة النقض شيان كان عبد أوصى به لرجل بثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث
المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال انه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذا ذلك
هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه
بدون اجازة الورثة واد زاد مال الميت جدد الان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا

وقعت بغير المشرع وخاصة انه التفضيل انما يثبت بناء على
الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (المحابة النابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما
بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتبين او يان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجتماع) يعني المحابة وأختها وهو واضح وقوله
(وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعض من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) يعني بأن كان عبد أوصى به لرجل بثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان
احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما) أقول المراد بالضرب المصطلح بين الحساب ونقصه في شرح الوقاية لصدر
الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأنهما ذات أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة
(قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله (لان هناك الحق تعلق بعين التركة) يعني أن رضى له تعلق بعين التركة وله هذا الوصلت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما راد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقيقتين بخلاف الاف المرسله وله هذا الوصلت ينفذ فيما يستفاد فلم يمتد إلى ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه فان (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحته (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أولم يكن (لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظر الى حال الوصية فان المال كله في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللا لك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (٤٣٤ ع) (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير (قوله

ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه فان قيل أخس الانصباء اقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما الاثر فمأثور عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير

لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الاف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (وانذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول أيضا فينظر الى الحال والمحل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الآن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا يزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للسائل الثالث المجموع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفذ الوصية في جميع ما سماه لهم في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هناك انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الاف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالحجابه فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض وارد لان الحجابه متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسله وكذا بالحجابه لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا محل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

قال في الكافي فعلى رواية الأصل يجوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جواز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما مالا لا ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيره وما أنه جمع بينهما (وقال له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الآن يجيز الورثة) ومفرغهما العرف (فان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا يزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول اياس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا افق الكافي (قوله وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المراد في الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا حيث يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

وقوله (ولانه يذكرو براديه السدس الخ) (٤٤٤) مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا

ولانه يذكرو براديه السدس فان اياها قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكرو براديه سهم من سهام الرثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمنزلة هذا التركيب المعضل المشوش وجهه وحل يليق هذا بتصنيف المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان أحس السهام أنقص من السدس لموافق رواية الجامع الصغير على هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان أحس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون ما الموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أي سواء كان أحس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أحس الانصاء أقله والنقصان أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب من منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لاجل أحس الانصاء الذي هو أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصاء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما الثمن فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجة وما يكون عارضا في حراجه ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما ما الى هنا لفظ النهاية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبو حنيفة يجوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان أبو حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد في الزيادة على السدس اذا نقص أحس السهام عن السدس لا مطلقا خيفة من يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا بمتقن فان التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لا محالة أن يكون المراد في الكتاب في الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي أن يكون المراد في النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نهيت عليه فيما صرنا (قوله ولا يذكرو براديه السدس الخ) قال

وفي بعضها فيعطى الأقل ومنها وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعنى ان كان أحس السهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أحس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكرو براديه سهم من سهام الرثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أحس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وان كان مراده السدس فإما عمل بالدليلين وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منه ما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس

(قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه) أقول فيه بحث اذ ليس المراد في الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أحس السهام ناقصا من السدس فيصلي ذلك دليل على ما في الكتاب نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد اذا أعطى السدس اذا كان أحس السهام أكثر وأعطى ذلك

اذا كان أقل مع ان فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكره دليل لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى

وأيضاً قوله (ما ذكرنا) أن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول أبياس وإن أراد به الأقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل منها ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تسمية وإن كان غير ذلك فأنه أعلم به وجهه المقلد موعه وصورة المسئلة ما إذا أوصت المرأة بسهم من ماله مات مانت وتركت زوجاً وبناتاً على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٥٤٤) وعندهما يعطى الربع أى مثل الربع فيعطى الخمس فيجعل المسئلة

ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزم

صاحب العناية قوله ولا يذكرو ويراد به السدس الخ مشكل لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وفسر الأولى بعض الشارحين فقال يعنى أن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فما عملاً بالدليلين اه
واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصلح ذلك دليلاً لما في الكتاب اه (أقول) قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود ورضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضى كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً لا يصلح ما ذكر بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتؤدى الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله ما ذكرنا أن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول أبياس وإن أراد به الأقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اه
وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ حيث قال لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعنيه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتنامل اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكرناه من ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود في لازم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل منهم ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين اه

على قوله على ستة حاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة فتخرج الكسرو وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فالبنت وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى عمل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزداد مثلاً للربع وأما على رواية الأصل فتخرج به كتحريجهما

وعلى هذا أقس أمثاله أو ختر جهها على الرويتين وقوله (قالوا) أى مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزم)

(قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعنيه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتنامل (قوله وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل) أقول كيف يراد ما ذكرناه وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفرع في قوله فيعطى وأرى أن ذلك ليس إشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والافيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخرج به الخ) أقول فيه نظير بل على رواية الجامع الصغير بخريجه كتحريجهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائلون مقام الموصى فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالاضافة الى المال

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف القطن الكامل فان قوله فيعطى ماذ كرنا مذكور بصداقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة فى الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب غير كبا من روايتى المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو من كتب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائلون مقام الموصى فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فبات مجهولاً يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذ كره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصى فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعده موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اهـ (أقول) ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفى الاشتراك فى علته هى مدار الحكم فى المقيس عليه فجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بجهة القياس المتفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بتحقيق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصى الذين يقومون مقام الموصى احياء حتى ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً اذا مات مجهولاً احياء حتى ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلاً فليس بصحيح اذ لا شك انه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان أراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعدم موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل توقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لان الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجملاً لكلامه على ما علكه وهو الايصاء بالثلث

ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائلون مقام الموصى فاليهم البيان (ولو أوصى ببعض من ماله أو بباطنة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله) وأجازت الورثة فله ثلث المال (فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجملاً لكلامه على ما علكه وهو الايصاء بالثلث

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قد قرر زناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهم ما) أي من الهالك والباقي (مشارك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها أو صار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولما أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تنديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شيء منه أن يحبس الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبع لعل رأس المال (وصارت الدراهم) أي صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدراهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهما وبقي دراهم وهو يخرج من الثلث كان له الدراهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) (٤٧٤) جواب عن قول زفر كما اذا كانت

التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن وأنه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقي فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشترك كابن الورثة والموصى له اثلاثا فهاهنا هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهم ما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها أو صار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولما أن في الجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقدمنا قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو عزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلة ما لا يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلثة من رقيقه فمات اثنين لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للغة المذكور

به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حله على أحد محتمله كما عموما بل بجملة بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأوله الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيده جواز ارادة النصف

أو بثلاث ثلثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرته التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ (فقال هذا قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها ما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عصبه باعتبار القيمة لا اتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام خفر الاسلام رقيق المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أي بدون اجتهاد القاضي وجهه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هنالك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما ذلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للغة المذكور) وهو أن أباحنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه لا يوجبها أجناسا مختلفة وهما يران ذلك لانهم ما يجعلانها جنسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهم ما أي من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ما توى الخ قال العلامة الانصاف في وجده قول زفر ان الموصى له المال مشترك كابن الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة واذا بقي بقي على الشركة فكذلك ههنا الذي هلك اثلاثا والذي بقي بقي اثلاثا وبقول زفر نأخذ وهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعلى ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقد ألفا دفع منه اليه ثلثه (وكذا خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث) والاصل في المال المشترك ان يوفي حق كل من الشريكة بالبخس ولا يبخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين (٤٤٨) في الاول فيصار اليه وفي الثانية يبخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين (لان العين

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين يبخس في حق الورثة لان العين فضة لا عن الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فأنما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذ عروميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كل الواجب أن يكون له نصف المال والاصل ببقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به الجواب ثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وجلال كلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اه (أقول) في قوله وجلال كلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فليكن الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا كما هو في أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه المسألة تدبر (قوله لانه أمكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرح حواشي ودلالة الاصل فيه ان الوصية المرسلة تذكر شائعة في كل المال لكون الموصى له اذ كان شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كمال في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين وادان كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشيء وع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين يبخس في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين وبأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا يبخس في حقهم لا محالة منافي لما يقتضيه حق الشريكة من تعديل النظر للجانبين فليست أم في الدفع ولعله تكسب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذ عروميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان دفع بقوله فلا يراحم الحي ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تقرير السارح المذكور هنا قصور أما أولا فلا أنه أضاف اندفاع الاشكال

فضلا على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيه ما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحنث بدونه على الناس سلمناه ولكن لاننا لم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهناك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لوجب على الوارث حصته الموصى له فيمابق من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله) واضح وان دفع بقوله (فلا يراحم الحي) ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تقرير السارح المذكور هنا قصور أما أولا فلا أنه أضاف اندفاع الاشكال

بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منه ما لجميع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه (قوله فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تلك بالقبول الا في مسألة فقد ذكرناه يقتضي ههنا (قوله حال المالك) أقول يعني حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم عوته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمره وفلم يررض للحي
 الانصف الثلث بخلاف ما اذا علم عوته لان الوصية لليت اغوف فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
 ثلث مالي بين زيد وعمر ووزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد
 منهم ما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال
 ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
 الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد واستخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت
 حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يثبت
 ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه
 ايجاب بعد الموت فيميت بقيامه حينئذ وهذه الوصية تعلق بالعين فيقبل بفواته عند الموت وان لم
 يكن له غنم فاستفاد ثم مات

والضمير في قوله لان الوصية
 عند الموصى والباقي
 ظاهر وقوله (ومن أوصى
 بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يرزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بهـ قوله لان الميت ليس
 بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يرزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى
 الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلا ن الظاهر من قوله لوجود المزاجية بينهما ما حال الملك أن يكون
 المراد بالمزاجية المنفية في قول المصنف فلا يرزاحم الحي هو المزاجية حال الملك وهي حال موت الموصى
 وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمر وثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت
 الموصى كان الباقي منهم ما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزاحم وان التزاحم
 فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لافي حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا ترزاحم لليت
 غير مطابق لما ذكره الشارح المسد كور في تعليل جواب ظاهر الرواية قيمة بعد حيث قال ولم يفرق بين
 علم الموصى بحياته وعده في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهم جميع الثلث بعدم المزاجية عند
 ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه اهـ وأما ثالثا فلا أنه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال
 بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات
 أحدهما قبل موت الموصى فان الباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور
 في الكتاب يفي به اندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية
 حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو وردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه
 المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان الباقي نصف الثلث
 والنصف الآخر لورثة الميت منهم ما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان الباقي نصف
 الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصى
 ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل سق به بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث
 وفي المسئلة الثانية ما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف
 الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى
 فيبطل نصيبه كالمات أحد الورثة قبل موت المورث وللاخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل
 بينهم ما عند الايجاب لكون كل واحد منهم ما أهلا لايجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يرداد
 نصيب الاخر كالمات أحد الوصية كان للاخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان
 فيم الحي كل الثلث لان الميت ليس من أهمل الوصية له فانما ينة قص حقه باثبات المزاجية ولم تثبت
 المزاجية حيث كان الاخر ميتا فبقى الثلث للحي منهم بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللولي فالثلث كله

فالصحيح ان الوصية تصح لاشئ ولو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر بقيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بما ليس له الشاة اذ ما ليه التواجد في مطابق المال ولو اوصى بشاة ولم يضيفه الى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لان الصحيح اضافة الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقبل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علمنا ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

لأن الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله) ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناوأت صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي صورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تناوُل الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقصد به بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما عاصله ان عبارة الوقاية تنفي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تساميم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نبي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة المكتب وهو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي مما ذكره في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصي به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فصير الوصية بشئ موجودا لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية فمما سوى كون الموصي به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حديث ذمها أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ما ليه ويتصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها بالنسبة كوجود الشاة التي هي الموصي به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام عز الدين الاسيحي في شرحه لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وأنه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشئ معدوم

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه أضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كالأوصى به هذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه أضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فنهى ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بوقفيز من حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شئ للموصي له والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ما ذكره واضح صورة وتعليل خلا قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لان الوصية لتعليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاه واذك حال حاول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلة ووجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حاول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالته فكيف لم تصح الوصية له اقياسا أجيب بان الوصية بثلث المال لعبده جائزة تساو له ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجز ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق عتق المولى وان لم يكن غم وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة وأمة فان كان الاول فالوجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون عتق المولى فلو كان بالوصية أيضا لو أوردنا ثمان مائة ثمان على مائة واحد بالشخص وهو ثلث رقبته واذك باطل وقوله (وإدناه في الميراث) قيد بذلك احتراز عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصر وفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلاً منهما عليك المال بعد الموت كان الجمع (٤٥١) هناك أيضا منصرفا الى الاثنين وقوله

(نجد ذلك في القرآن)
يريد به قوله تعالى فان كان
له اخوة فلا تمه السدس
والمراد بها الاثنين فصاعدا
وقد عرف في موضعه وكذا
قوله (وانه يتناول الادنى مع
احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث والفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وقسمناهم ما في الزكاة محمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وإدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهن ثلاثة أسهم على سبعة ولهذه أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانما يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند لا يصرف الى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية لتعليك مضاف الى ما بعد الموت فهي

لانها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته وانما تكون وصية للوارث وليس احدى تينك العلتين بوجوده في أم الولد أما الاولى فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان تلك وأما الثانية فلانها لا تنقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فلي تأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لانه من بطل مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمالك كاتب عنده والوصية للمالك كاتب صحيحة وعندهما يعق كاه ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهي حينئذ مفرع تجزى الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبده بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لان المالك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فهو وصية له لا لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حر وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما وبطلان المكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر أو المكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر فقد أشركتك معها مائة ثلث كل مائة) لأن الشراكة للمساواة لغة وقد بدأمكن اثباته بين الكل بما قلناه لا اتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولا آخر بمائتين ثم كان الأشرار لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل اتفاوت المال بين فحملناه على مساواته كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان

انما تحقق الوصية بعدموت مولاها وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطالة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لأن الظاهر من حاله أن يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطالة والصحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كما كذا في عامة الشروح وعزاد جماعة من السراج الى الذخيرة (أقول) فيما ذكرنا من وجه القياس نظر لان قولهم وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعدموت مولاها اذا لا شك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعدموت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يحتاج الى ما تكافوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالوا ما جواز الوصية لاميات أولاده فلان أو ان يموت الوصية وعمله بعد الموت ومن حرأثر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب التمامية نقلنا عنها ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثالث المال لبعده جائرة ولم يعتق بعدموته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أوجب بأن الوصية بثالث المال للبعد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجز أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها اعتاق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثالث المال انما صادفتها بعدموت المولى وهي حرة وأمة فان كان الاول فلا وجه انقي القياس وان كان الثاني فمكذلك لانها كالعبد الموصى له بثالث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علمان مستعملان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته او ذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكرنا ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان التريد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشئ الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لني القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشئ الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثالث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر فقد أشركتك معها مائة ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الأشرار يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرار الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهم ما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشراكة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهم مائنة المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهم نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا أنه أشرارهم معهما جلة واحدة فلا يعتبر بأشراكه اياه مع كل واحد منهم ما متفرقا انتهى واقفي أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشراكة للمساواة لغة كما صرح به المصنف في مقتضى لفظ الأشرار التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى الثالث قد أشركتك معهما أشراكا معهما جلة واحدة أي التسوية بين الكل لا أشراكا مع كل واحد منهم ما متفرقا أي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الأشرار يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرار الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهم ما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشراكة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهم ثلث المائة مقتضى أشراكه اياهما جلة واحدة وانما يأخذ من كل مائة لو كان أشراكا مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولا آخر بمائتين ثم كان الأشرار) أي ثم قال لا آخر أشركتك معهما فان له نصف كل مال الكل منهما لان تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلا يثبت العمل به فمهم لتسوية الأشرار (فحملناه على مساواته لكل واحد منهم كما هو وجه القياس) عملا باللفظ بقدر الامكان

وقوله (ومن قال) يعني لورثته (على فلان دين فصدقه) يصدق الى الثلث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لانه أقر مجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان (٤٥٣) وقد فات بجموته وقوله فصدقه يعني فيما قال

لا يصلح بيان الكونه (صدر مخالف للشرع لان المدعى لا يصدق الابحجة فنعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مال لا يصدق في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصد الوصية لصريحها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه بأصل

قال (ومن قال فلان على دين فصدقه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقه صدر مخالف للشرع لان المدعى لا يصدق الابحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصد صدقة على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيامنه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصيا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر الدخلاء ما وعساهم يخلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيه في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم) لان هذين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذ أقر كل فريق بشئ ظهر أن في التركة ديناشائنا في النصيبين (فيؤخذ أن أصحاب الثلث بثلاث ما أقروا والورثة بثلاث ما أقروا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

الذي الذي عليه دون مقداره سعيامنه في تفريغ ذمته فيجعلها أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة) وقوله (فان أوصى بوصيا غير ذلك الخ) واضح وحاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائنا في الثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين

بمعينه فالامعنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجمله ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعني كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكره وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقيق المساواة بين الكل والايحتمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا بالنظر بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بجموته كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال ذلك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما صرف في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم لان هذين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائنا في الثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بجمع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف في باب الهم لم يعملوا شبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصيا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لاني الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهم الميمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فلا جني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما يملك الايصاعيه وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح من اجب فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فاقره قاض على هذا اذا أوصى للقاتل وللأجنبي

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا للجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه
وقصد بعض المتأخرين أن يجب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعى في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاما بل في أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المحجب تأمل تقف ثم ان الامام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذه امشك من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهم الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا يأخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كما ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا الاذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كما لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقههم المدعى فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والافراز وان سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقههم المدعى أيضا فيمكن جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا بعلاما بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهم الميمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا البقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل اه (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلا يحلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعى هناك ممن يدعى حقا لنفسه من تركه الميت ولا ريب أن ادعاه ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكر واو أمأ قوله ويحلف أصحاب الوصايا البقاء شيء من الثلث في أيديهم فلا ندعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت وهذا

وقوله (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه) ظاهر

وقوله (وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) كما لا يصح في حق الوارث (لان الوصية إنشاء تصرف) أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهم شركة قبلها أو الشركة أعمتبت حكماً له عقبيه حيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحة لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما في الإقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الإقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهم وما في ذلك أي في الإقرار بالمال المشترك أقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادق على ذلك أو جحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكرا جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا لم يتصادق أصح في حصة الاجنبي لان الوارث مقرب بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقالوا إثباته مشترك كاهو المبتل وقد وجد ولقائل أن يقول هذا الإقرار بالنظر إلى الاجنبي صحيح وبالنظر إلى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح (٤٥٥) جهة الفساد بحيث تعدى

إلى إبطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن المقتضى لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرهما في كل جزء فرضته يشتركان فيثبت الاجنبي المالك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له مالك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلان) أي بقاء في حق الاجنبي وبطلان في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ووردي الخ) رجل له ثلاثة أثواب

وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضاً لان الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الإقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكاً لانه لو قبض الاجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الإنشاء حصة اسدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ووردي فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تجد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك فكان المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فيبطل

مطلقاً والمسمى فيما إذا ادعى زائداً على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً فاضلاع التخليف (قوله ومعنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك) أقول في ظاهره تعبير المصنف ههنا فساداً لانه لا حق كل واحد منهم انما يتصور فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معاً والمفروض في وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منهم غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقه قد هلك فإنه كذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع اصلاً فاضلاع عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لو احدث منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين له أحبه والأولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيان وهو أن المراد بجحد الورثة أن يقولوا حق واحد منهم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليك شيئاً والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقه فكأنه تسامح في العبارة بناء على ظهور

جيد ووسط ووردي عتجز من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منهم الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيئاً الخ) أقول ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الأول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً) أقول لانه لو صح في نصيب الاجنبي فأخذ يأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فيبطل ذلك النصف ويصير للورثة قير جع الوارث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولاً واستحق هكذا إلى أن بقي في يده فليس فلا يكون مفيداً في حق الاجنبي فأفهم إلا أن هذا التقرير لا يلازم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر ولكن الأمر سهل

(الآن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا بدأ بتعليق جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وان ابتداء بتعليق جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي عندهم الحق بتعلق بهذا امره وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقى صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردي لانه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعى الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وعوقله (واذا كانت الدارين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات (٤٥٦) ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض

فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض لأنها اذا كانت من جنس واحد الجبر الناذي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكره هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال (الآن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلوا زال المانع وهو الخو وفيكون لصاحب الجيد ثلث الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لاحق له في الردي بيقين لانه اما أن يكون وسطاً أو ردياً ولا لاحق له فيه - ما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقى بيقين لانه اما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا لاحق له فيه - ما ويحتمل أن يكون الردي هو الردي والاصل فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فبقيت حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فالوصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الخبير ثم اشتراه ثم اذا اقسمه وهاو وقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما يناء ولا تبطل بالقسمة ولها أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

قال المصنف (لانه اما أن يكون وسطاً أو ردياً ولا حق له فيه - ما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

المراد ووافقهم صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكمياً لا تنفذاً) ولهذا يجبر على القسمة (قال صاحب العناية

قال المصنف (لانه اما أن يكون وسطاً أو ردياً ولا حق له فيه - ما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه ارفعاً من الردي وعرف من عليه تعلقه وانما بالردي قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهم مالان الموصى له يضرب بالعشرة وهم خمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتفاقى ولنا فيه نظره لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعاً فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسة اذرعاً كاملاً وقد نقص الخمة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تعليق الموصى ملكاً شريكه وليس لذلك وأيضاً اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لان سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضاً زاد حق الورثة أيضاً سهم لانهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسة اذرعاً وربع الوصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعون سهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرعاً للموصى له وأربعون ذراعاً للورثة فيجعل كل عشرة سهم ما وهذه القسمة أصح عندي انتهى هذا النظر ردي على تقدير الكافي ورود الظاهر

وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه أولاً وان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به بحسب المقصود ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في الكميات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا أنهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكره هنا لان الجبر لا يجرى في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفاه صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أظبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام ما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لا دفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين فان المدينين يجبر على قضاء الدين والدينون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته اه ولا يذهب على ذى مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي عمل الشارحان المزبوران لدفعه ما علمه أن يقال يعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهراً في غير المكيل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعاً ويجعل معنى الافراز فيه مقصوداً تصحيحاً

لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام قاضيان حيث قال والله ما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشترياً ذراً واقسما لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مراجعة على ما اشتري فهي افراز في حق بعض الاحكام ألا يرى أنه يجبر عليهم ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت الشفع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لمكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحاً الوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا أصبحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) انا اقول أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أى

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها

وقوله (أولاً أنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (٥٨) (فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل ينبغي أن يقسم نصيب

الموصي بين الورثة والموصي له على خمسة أسهم سهم للموصي له وأربعة للورثة لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين فلما زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصي له في خمسة تمسكا عذهب محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فاعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهمافصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لاخلاف فيه لمحمد) بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينها فبلغه فاما أن يجيز الوصية أولاً فإن كان الثاني بطلت وإن كان الاول جازت فإن دفعها الى الموصي له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أحازها لان هذا تبرع بمال الغير الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله وحق الموصي له في خمسة تمسكا عذهب محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة) أقول فيه بحث

أولاً أنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عني الولد ووطئ المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جراء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصي له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة من الورثة وسهم للموصي له وهذا عند محمد فيضرب الموصي له بخمسة أذرع نصف البيت وهم نصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهمافصير عشرة وعند محمد ما يقسم على أحد عشر سهممالان الموصي له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية أقرار قيل هو على الخلاف وقيل لاخلاف فيه لمحمد والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تضع وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيستوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمنع من التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادقته ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجاز وهما سقط حقهم فنقد من جهة الموصي قال (واذا اقتسم الابن تركه الاب ألقاهم أقر أحدهما رجل أن الاب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بثلثه تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليلقى له النصف وجهه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهم ما فيكون مقراً بثلث ما في يده بخلاف ما اذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما ما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله اما لأنه عوضه صالحاً لان يكون دليلاً مستقلاً في افادة المطالب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكاً للموصي له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الداليلين الآخرين وتجرى بالمصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق إنما يتمشى في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي وأما في صورة ان وقع بعد ما في نصيب الآخر فلا لان الموصي حينئذ كان مقراً بملك الغير لغيره ولم يصرمالكاله بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له ومسئلتنا تم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجهه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهم ما فيكون مقراً بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو أقر بأخ فجدده أخوه الآخر دفع اليه

فلم يعتبر زعمه تمسكا عذهب محمد اذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف

(والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الرضايان كل ما جاز باجزة الورثة بملك المجازله من قبيل الموصي عندنا خلافاً للشافعي

الى قوله (فيكون مقررا بتقديم عليه) فان كان الدين مستغرا لجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كافي البيع) يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان موجودا او وصى به ما وقيمت ما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك جهنا (وله ان الام اسل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الايصاء (٤٥٩) وانما كانت الام أصلا لان الايجاب

تناولها قصدا ثم سري حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لانه يؤدي الى نقصها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لان سلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلة بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعدم البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للوصي له) لانه غاصصا لملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقرر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن والحاصل اننا عملنا هنا بأصل مالك ثم عمل زفر بما بأصلنا ثم فلا بد للامعة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية أو الاتحاد ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما ما بين فان المساواة من اقوازم البيئة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها يبنية فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشئ فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في حصة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوان فقط كنهف التركة مثلا والا يلزم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في حصة التركة انما تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لانصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانه لا يستلزم من لوازمها فضلا عن كونها يبنية ليس بتمام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لا تقتصر الوارث في الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

سموية لا يقابله شئ من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

قال المصنف (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذلك الأخ الذي أقر أحد الابنين باخوته وأنكر الآخر شريك الوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرج جامن الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهم ما جيعا) أقول الظاهر أنه بالخاء المعجمة أي ما يصير حصته منهم ما يقال حصتي منه كذا أي صار حصتي منه

وفصل في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا
المسئل أحكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة
الاصول والاصل على مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واشتد مبادئ المعتبر في جواز

الوصية وفسادها كون
الموصي له وارثا وغير وارث
يوم الموت لا يوم الوصية
والمعتبر في فساد الاقرار
وجوازه كون المقر له وارثا
للمال لان الاقرار تعليق للعالم
فتى كان المقر له وارثا يوم
الاقرار لا يصح اقراره اذا
كان المقر مريضا وقوله
(لان الاقرار ملزم) فيه
تلويح الى رد قول زفر
وهو ان الاقرار أيضا باطل
لان اقرار المريض بمنزلة
التبليك ولهذا يصح للوارث
دوجه ذلك أن الاقرار

وفصل في اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وصى
أهلهم تزوجها ثم مات جازا الاقرار وبطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند
سده ولهذا يعتبر من جملة المبدل ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة العدة أو في حالة المرض الا أن الثاني
يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها يجب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان
كانت منجزة صورة فهي كالحصاف الى ما بعد الموت كحالة ان حكمها يتقرر عند الموت لا ترى انهما يبطل
بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
أو وصى له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند
الموت وخمسها لغيره عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو النية قائم
وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الاشارة بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى
لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب
حال صدوره وكذلك كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه
دين يصح لانه أقرب لولاه وهو أجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه أقرب له وهو ابنه والوصية باطلة
لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لانها تعليق في الحال وهو رقيق وفي عامة
الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

وفصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال
ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة
العوارض والاحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة العوارض والاصل على مقدم على العارض كذا في الشرح
(قوله واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وصى أهلهم تزوجها ثم مات جازا الاقرار
وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون
الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا
للمال لان الاقرار تعليق للعالم فتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا
واقضى أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارته ما خلل حيث قال لان الاقرار تعليق
للمال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بأن الاقرار ليس بتبليك بل هو اظهار للقربة وقالوا ولهذا
أقر غيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان
المريض اذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح اقراره ولا يوقف على اجازة الورثة ولو كان تعليقاً بمدة لم ينفذ
الابعد الثلث عند عدم اجازتهم حتى العبارة أن يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف
رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتدكر (قوله وكذلك كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا) قال
صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا تصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت
الموت أما اذا أقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر هنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه أي على
العبد بدين يصح اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما ذهب اليه في شرح هذا المقام مما ياباه سداد

ثبت الحكم بنفسه من غير
توقف على أمر زائد كالموت
في باب الوصية وقوله
(الا أن الثاني يؤخر عنه)
أي تنفيذ حكم الاقرار في
حالة المرض يؤخر عن
تنفيذ حكم الاقرار الذي
في حالة العدة (بخلاف
الوصية لانه) يعني الوصية
بتأويل اليعاض وقوله
(وكذلك كان الابن عبداً
أو مكاتباً فاعتق) يعني
لا تصح الوصية والهبة
لان الوصية مضافة الى
وقت الموت أما اذا أقر له
بدين ثم اعتق قبل الموت لم
يذكر هنا وذكر في كتاب

الاقرار انه ان لم يكن عليه أي على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر في الكتاب

قال

وفصل في اعتبار حالة الوصية (قوله أما اذا أقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر هنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير
ههنا هكذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وصى له هبة فتقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم
مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبداً فاعتق في هذا اهـ

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة (٤٦١) في الصدر ونفثها وقوله (صار

طبعاً من طباعه) يعني خرج من أن يدبكون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (في الوصايا بعد ذلك) صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث، كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت) ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب الاعتاق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل قال (ومن أعتق عبداً في مرضه) كلامه واضح

باب العتق

في مرض الموت

قال المصنف (و يضرب

بمع أصحاب الوصايا) أقول الاظهر أن يقال يضرب كل من هو لأعجبكم كل من العتق والمجاناة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طباعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحياً أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث) ويضرب به مع أصحاب الوصايا

المعنى وانتظام الكلام فأنه ما جلا قول المصنف وكذلك كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان عاماً لها في المسئلة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذلك كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضاً سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعاً بل لا ريب ثم أن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا أن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورته الوصية والهبة أيضاً لم تذكر هنا بعينها صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق فامعنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً صراحة بعينها ولا اندرجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسئلة ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا أو ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتى الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذلك لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرناه وأنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضاً الدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً وكذلك في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا بمنزلة غير مضاف كما سيصير حبه المصنف رجه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه في حكم الوصية

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعا وقوله (كالضمان والكفالة) غير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لا جنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذا قال ببع هذا العبد بألف على أني ضامن لك بخمسة مائة من الثمن سوى الألف فإن بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسة مائة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نفذ من التصرف) أي تجزؤ في الحال ولم ينفذه إلى ما بعد الموت (٦٣) (فالعقب فيه حالة العقد فإن كان صحيحا فهو من جميع المال وإن كان مريضا فهو من الثلث

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أحجاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها لا يجب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتبار من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كافي الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الأضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالعقب فيه حالة العقد فإن كان صحيحا فهو من جميع المال وإن كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن البرء يتبين أنه لاحق في ماله قال (وإن جابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة وإن أعتق ثم جابى فهو ما سوا وقال العتق أولى في المستثنين) والاصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أحسبها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب لتساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأنه بالبرء يتبين أنه لاحق في ماله) وقوله (فإن جابى ثم اعتق) صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي ألفين من رجل بألف وأعتق عبدا يساوي ألفا ولا مال له سواهما (فالمحابة أولى) وإن ابتدأ بالعتق تخاصفه (عند أبي حنيفة ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف) ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتخاضن في مقدار الثلث (وقال العتق أولى) سواء قدم المحابة أو آخرها فيعتق العبد شيئا لأن قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري أن شاء نقض البيع ورد العبد للرزمة من الزيادة في الثمن من غير رضاه وإن شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد ألفي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أي المنجز لا المقوض إلى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقه أو يوصي بعقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى بيوم كاسيبيء وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

إذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضا في الكتاب فالوصية أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمرا بغير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرد بباب على حدة وأنشروه عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل (قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول في عبارة المصنف هذا تسامح فإن قوله جائز في النسخة الأولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الأول فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كاه جائز (قوله وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه الفسخ وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) أقول في هذا التحريم قصور بل خلل أما أولا فلا نفي من جهة الموصي في قوله فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو ومفسد لأنه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحابة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وإن لحق المحابة من جهة غير الموصي وهو المشتري وأما ثانيا فلا نفي من قوله وغيره بلحقه الفسخ يوجب إطلاقه أن يلحق الفسخ المحابة أيضا من جهة الموصي مع أنه قال وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال فإنه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي أيضا ثم إن كثيرا من السراخ منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره بلحقه الفسخ أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى بيوم كاسيبيء وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

قال المصنف (لأنها لا يجب بعد الموت) أقول قياس من الشكلى الثاني (قوله وغيره بلحقه أي غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق ونعيم الموقع به ما خلا من الظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواههما) أى سوى العتق والمحاباة وقوله

(٤٦٣)

(لهما فى الخلافية) وهى التى قدم فيها

المحاباة على العتق وقوله
(لا يوجب التقدم فى
الثبوت) لأننى أنه اذا
أوصى بثلاث ماله لفلان
ولفلان ولفلان كان
بينهم اثلاثا واصل أو فصل
ولاعبرة بالبداءة فكذلك
ههنا وقوله (لانها تثبت
فى ضمن عقد المعاوضة)
يعنى وبالمرض لا يلحقه
الجبر عنها (فكان تبرعا
بعنه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى) لأنه
لم يثبت فى ضمن المعاوضة
وبالمرض يلحقه الجبر
عنه

(قوله يستوى فيه من
سواههما أى سوى العتق
والمحاباة) أقول فيه شئ
فان لفظة من تأبى هذا
التفسير (قوله وهى
التي قدم الخ) أقول
فيه شئ فان الظاهر
التعميم للمستثنين (قوله
وقوله لانها تثبت فى
ضمن عقد المعاوضة يعنى
وبالمرض لا يلحقه الجبر
عنها) أقول ضمير عنها
راجع الى المعاوضة (قوله
فكان تبرعا بعنه) أقول
تذكر الضمير الراجع
الى المحاباة اما باعتبار الخبر
أو لكونه بمعنى أن منع
الفعل أو على تأويل

واذا تقدم ذلك فبما بقى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواههما من أهل الوصايا ولا يقدم
البعض على البعض لهما فى الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا يعتبر
بالقديم فى الذكر لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن المحاباة أقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة
فكان تبرعا بعنه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أو لادفع الاضعف واذا
وجد العتق أو لا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المراجعة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله
اذا حاجب ثم أعتق ثم حاجب

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقوع ولهذا عطفه المصنف
عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقوع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالنذير الصحيح مع أنه
لا يخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال فى تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ
أى غير العتق الذى ذكرناه آنفا وهو العتق الموقوع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم
المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا يساعده لا محالة فان العتق الذى ذكره يعم العتق الموقوع والمعلق كما
ترى (قوله واذا تقدم ذلك فبما بقى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواههما من أهل الوصايا) قال
صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيه من سواههما أى سوى العتق والمحاباة واقتضى أثره صاحب
العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من فى قوله من سواههما تأبى هذا التفسير جدا كما
لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواههما ينافى ذلك كما ترى فالوجه فى تفسير ذلك أن
يقال أى سوى المعلق والذى حوى له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير
الشارحين المزبورين وهو افظ الأهل أو لفظ صاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير اذ المقصود
من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية فبقيت السماجة فى تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله
لهما فى الخلافية) قال صاحب العناية فى بيان الخلافية وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه
العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسألتين المذكورتين وهما
التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما ما وكذا
الدليل المذكور من قبله يتمشيان فى تينك المسألتين معا بالكلية كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه
لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما ما والصواب فى بيانها أن يقال وهى التى اجتمع فيها
العتق والمحاباة سواء تقدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا يعتبر بالتقديم
فى الذكر لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية ألا يرى أنه اذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان
ولفلان كان بينهم اثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر فى النهاية ومعراج
الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الإيصاء فى صورة التنوير نازل وقت موت الموصى
فى حق كل واحد منهم لان الوصية تعليل مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم
فى التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى
صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثالث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق
الموقع فى المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض والمنجز
يوجب الحكم فى الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكرك قبل أن يثبت فى المؤخر فيه
فانقربت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا حاجب ثم أعتق ثم حاجب

ما ذكره قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون المحاباة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما) ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضا لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث تحاصوا ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه انما تفاضا لأن ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقصناه بعد الموت ويثبت له ما يحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) فإن قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحابة قلت لا يستقيم لأن المحابة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا بالعتق الأول مقدم على المحابة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للجائسة والمساواة بينهما فإن قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحابة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحابة ما أخذ صاحب العتق الثاني لأن حق صاحب المحابة مقدم على صاحب العتق الثاني كالأول وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحابة أوجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول لأن حق العتق الأول

وحق المحابة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدوران ونقض صاحب المحابة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعقنين نصفين لاستواء حقهما قال (وإن أوصى بأن يعق عنه هذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكنتاني إلا أن يكون الموصي جعلا الفضل الذي حج عنه فيكون له

قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان ولو أعتق ثم جازي ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعق عنه هذه المائة عبد فله أن يهدى لهم لم يعق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها بقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال لا يعق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قرينة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصي له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قرينة محضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهل بعضه أيدفع الباقي إليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر محتاج فيه وهو أن العتق حق لله تعالى عنددهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنددهما حتى يقبل حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان) قال في الغاية فيه بحث وهو أن يقال المحابة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقض ما أثبتته قال المصنف

(ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فإن قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحابة الأولى عنده لأن المحابة الثانية مساوية للعتق والمحابة الأولى مرتبة على العتق والمساوي للرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده لأن العتق الأول يساوي المحابة والمحابة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يرجح العتق على العتق والمحابة على المحابة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللا وكذا إذا تداخل الغير اهـ وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحا نعم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليهما فيستويان فإن التقديم إذا كان سببا للمساواة المرجوح للراجح يكون سببا أيضا لربحان المساوي والجواب أن سببية التقدمة لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فثبت المراجعة ضرورة وأخذ المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضا لانه ليس أقوى منه فثبت المراجعة أيضا ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها نتيجة قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قوله لنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الجائسة فلما تأمل (قوله أوجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذ من قوله فيؤدي إلى الدوران) أقول لانه يسترد منه أيضا صاحب العتق الثاني للجائسة

وقوله (وهذا أشبهه) يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحالف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة إلى ورثة وقوله (ومن أوصى بعقوب عبده) أي باعتاق عبده وقوله (لأنه يتلقى الملك من جهة) أي لأن الموصي له يتلقى الملك من جهة الموصى (الأن ملكه) أي ملك الموصى (باق) فيه حاجته حتى لو كان العبد ذارحم (٤٦٥) محرم من الورثة لم يعق عليهم

لما يئسان ملك الميت فيه باق بعد حاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باع الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداها الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيه ما قدومه

(قوله وقوله وهذا أشبهه يعني إلى الصواب) أقول الظاهر تبديل إلى الباء (قوله لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعقوب عبده ثم مات فعني العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال في الكافي والأصل أن الإيصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فإن شأوا دفعوه وإن شأوا فداوه فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا بتقدم المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك

وهذا أشبهه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد أقيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء) لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنهم تجاوزوا جازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعقوب عبده ثم مات فعني جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهة إلا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باع الموصى أو وارثه بعد موته فإن فداها الورثة كان الفداء في أموالهم لأنهم هم الذين استرموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية

يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رجحه الله تعالى وأيضاً لو جازى ثم جازى ولم يخرج من الثلث فخاص ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضوعه وعن الثاني أنه انما يخص بالان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقص إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية إلى هنا لفظ النهاية (أقول) فيه نظر من وجوه الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً إذ لم يقل المصنف قط أن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح بل انما قال إن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم الحساب على الاشتاق لكون المقدم اذذاك دافعاً للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كما في تقديم الحساب على الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بتدبير لأن لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا مساو وب مساو بل فانه ينتج ويستلزم أن مساو بل مساو بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساو للمساو مساو والسؤال الأول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه إن أريد أن يتفقد الحساباتين جميعاً ثم ينقضهما بعد الموت يرتفع تقدم أحدهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعد العقل وإن أريد به أن التقديم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح التقديم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفاً من أن الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح لأن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الجمانية حيث قال فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاً لأن الحساب الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمساواة الثانية فكان مساوياً للأولى لأن المساوئ للمساوئ مساو قلنا العتق مساو للمساواة الثانية بمعنى يخصه

(٥٩ - تكلمه ثامن) لو كان حياً فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهة ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وإن اختاروا الفداء فعليه الدية لا التزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية فقيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرنائي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الأمرين في حالة المرض أغما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما مأمورا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وهما الماحصلان معا بصدقة واحدة بصدقة واحدة جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبينة فينبغي أن لا يكون أسناده إلى (وله أن الاقرار بالدين) أي ولا يحنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن أسناده إلى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وينبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتناق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحته

(٤٦٦)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصي له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصي له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصي له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليقين ولان العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات لليقين بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليقين إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزا حرم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامته الاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال الوارث أعتقتني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أهلك ألف درهم فقال صدقتما فان العبد يسمى في قيمته عند أبي حنيفة وقال لا يعتق ولا يسمى في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهورا معا بصدقة واحدة في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا لانه بعد وقوعه لا يحتل البطالان في دفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن أسناده العتق إلى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغيرم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر إلا والدين ظاهرا معها في تمامان كالو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الزمة فقد وقع معا بخلاف المورث وله أن حقه يثبت في عين الالف بمقارنا لثبوت الدين في الزمة وعندنا انتقالها منها إلى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كالو كان المورث حيا وقال لاله ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

فصل في قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * أعلم أن من مات

وهو تقدمه عليها فلا يساوى الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجح على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كلالى لان المساوى للراجع راجح لما صر أن رجحان الاولى يعني يخصها وهو تقدمها عليه وكذا لو قال ينبغي أن لا يكون للعبادة الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية اه فتأمل

(فصل) * ترجمه هذا الفصل في مختصر الكرخي باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدّم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

فصل

وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر

فاما أن يوصى بها أو لا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم يجبر الوارث على اخراجها اليكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهم ما قال للعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كاللحج التطوع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أبي حنيفة خلافا لما حيينه لو تركت ألف وهذا يدعي * ديننا ذلك قال هذا مؤدعي والابن قد صدق هذين معا * استموا يا أعيان من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الأوصياء بأيان يجمع بينهما والثالث يحتل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها وتطوع بسدا عما دأبه الميت وان اختلط بسدا بالفرائض قدمها الموصى أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضاً أو واجباً وتطوعاً كما ذكرنا بدئاً بما قدمه الموصى لان الظاهر انه يتدبى بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكرفانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه

المسئلة حجة لابي حنيفة رجه الله عليهما أوجب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى ككون صاحب الحق واحداً وأما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كالأوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان متمزجا بحقين وقوله (ان جاء فيه ما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكتزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يصب وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهودياً الحديث

فصل قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم (فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر انه يتدبى بالاهم وذكر الطحاوي انه يتدبى بالزكاة وبقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصر عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها مع عليهما في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو آخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالاعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى على أصل أبي يوسف ومحمد رجهما الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما نقرر في محله ومرفى الباب السابق أيضاً مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً تفصيلاً عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى أو آخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم اذ لا شك ان الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الاعطاء والتلميل لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداءة في الاعطاء والتلميل بما هو الأهم في الشرع وان أخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من تنفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الوصى والقاضى ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى أن يقع بداءة من تنفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يتدبى بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئاً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يتدبى بالاهم (أقول) انما قل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقرى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

فصل ومن أوصى بوصايا (قوله والصدقة على

الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لهله أراد بالفريضة هنا ما يعمر الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفاً من عداهما من الواجبات والقريضة لثلاث الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر والافلأوصى بثلثه لانسان ثم به لا خزلزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به الخبازي فراجع (قوله أوجب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة
الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية أو الوجوب
أو التفضل فان ظاهر أنه أهمها ما هو أقوى أو أضاف اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالأهم في قوله
لان الظاهر أنه يتبدى بالأهم ما هو الأهم أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يتبدى به
اذ لا يتبدى كل أحد الى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو
النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليل على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد
بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن
يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يتبدى بمفهوم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا لبدء
في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكوع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح
فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع أنه
لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى
أو أخرها فليتبدر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها
فقال ثم الوصايا اما أن تكون كاه الله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة بتقديم ذكرها
ومالله تعالى اما أن يكون كاه فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور
وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا
كاه فان جمع بينهما والثالث يحتمل جميع ذلك يتفاد وصايا كاه ما من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك
ولكن اجازة الورثة وان لم يميزوها فان كان كاه الله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ
بعبادته الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات
لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداء بما هو الأهم اه كلامه (أقول) في تقريره
خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يميزوها ما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات
والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو
الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كاه الله
وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بعبادته لان الوصايا التي كاهها فرائض والتي كاهها واجبات
والتي كاهها تطوع قسميات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسميا
منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما ياباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها
مهملا متروكا في مقام التفصيل وذلك من مثل أن تكون الوصايا كاهها فرائض أو واجبات أو نوافل والثالث
يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامه هنا قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها
ولم يذكر فيما بعد أصلا فيقوئ المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور
انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كاهها ولو سلك في التقرير
مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كاهها فان كان
ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ نسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف (قوله)
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح في ذلك أن يقدم صدقة الفطر
على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل
والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر) ترك
كفارة الافطار لانها ليست
مقدمة على صدقة الفطر
لثبوتها بخبر الواحد
وثبوت صدقة الفطر
بأنار مستفيضة وقوله
(وعلى هذا القياس
يقدم بعض الواجبات
على البعض) فن ذلك أن
تقدم صدقة الفطر
على النذور لكونها واجبة
بإيجاب الشرع والنذور
واجب بإيجاب العبد
والنذور تقدم على
الاضحية لوقوع الاختلاف
في وجوبها دون وجوب
النذور

(وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لان الظاهر انه يتبدى بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدرا عا بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هـ ذ او هو ظاهر ال رواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدق ثم بالخير ثم بالعق ثم بالخير ثم بالعق مثل سواه ترتيب على هذا الترتيب أو لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القرينة مفردة بالضرب ويقسم على عدد هـ فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيت يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجمعها وان كان متحدا وهو (٤٦٩) رضا الله فكل واحدة في نفسها

مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرينة اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هـ ذ قال (ومن أوصى بحصة الاسلام أبخواعنه رجلا من بلده) كلامه واضح وقوله (وقد فرقتا بين هـ ذ او بين الوصية بالعق من قبل) يعني على مذهب أبي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله أنه وصية يعق عبد يشترى عبادة الحج وقوله (ومن خرج من بلده حاجا) قيد به لانه اذا خرج للتجارة يبيع عنه من بلده بالاتفاق وسيد كره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيبيع عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فأصاب القربى البه على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القربى ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجمعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين قال (ومن أوصى بحصة الاسلام أبخواعنه رجلا من بلده يبيع رابعا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده وله هذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال رابعا لانه لا يلزمه أن يبيع ما شيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أبخواعنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يبيع عنه لانه أمر بالجنة على صفة عدمها فيه غير أن يجوزنا لانا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هـ ذ او بين الوصية بالعق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا ففات في الطريق وأوصى ان يبيع عنه يبيع عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق

يعارض ويقول عسرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعسرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين علم ذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السير خسي في شرح البكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحصة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اهـ (أقول) في الجواب نظرفانه منقوض بالعق الموقع في المرض والعق المعلق بموت الموصى وبالحياة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامنا يقدم على جميع ما رواه الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة الحياة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى كما هو في باب العق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت الحياة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في الحياة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فلهذا عند اختلاف المستحق وكذا الحال في العق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رجه الله تعالى لان العق حق العبد عنده وعند اجتماعهما مع حقوق العباد عنده صاحبه لان العق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر

بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

(قوله وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدق الخ) أقول قال السير خسي في محيطة لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرهما مقصور عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من العق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اهـ وأنت خير بأن قوله ونفع غيرهما مقصور عليه منقوض بالعق

وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان اخرج وج الحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوبنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأحرار بدليل أن الأول اذا دار له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مضى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفق وأما الاطعام

لهما أن السفر بنية الحج وقع قرب به وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيستدعى من ذلك المكان كانه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قرب به فيجوز عنه من بلده وله أن الرخصة تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء الواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وان اخرج وج الحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين مات وأوصى به وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوبنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأحرار بدليل أن الأول لو دار له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مضى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفق وأما الاطعام فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئ كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله وردوا أجيب مذكوران في النهاية وغيرهما وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط ان ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزئ لا ينقطع وغير التجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضرب في التجزئ وانما يضرب في غير التجزئ فان كل عمل غير متجزئ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجزئ اذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلده الموصى أداء الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل التجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الاخر ما بقي منه كما اذا أطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئ كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور ردافا للسؤال قطعاً وعدم فرق الشارح المزبورين المذارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزئ ينافي الانقطاع والالم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزئ الاطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزئ لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في التجزئ وغيره الا أن الا كمال بما بقي متصور في التجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئ كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط في التابع أصلاً حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلاً لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أججوا عنه وجلا الخ

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به الخ) أقول وقرر العلامة التنسي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما أن السفر بنية الحج وقع قرب به وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجراً الى الله ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مسبر ورفيداً من ذلك

المكان كانه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قرب به فيجوز عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وان اخرج وج الحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء وعنه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال (ومن أوصى بجيرانه فهم الملائقون عند أبي حنيفة وقالاهم الملائقون وغيرهم من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من الجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة به. هذا الجوار ولانه لما تعدد صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد وفهره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره لانه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

باب الوصية للاقارب وغيرهم

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهه كاستدأماً الاول فلا أن الواو لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه وأما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب على الثانى يعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا يحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بالارباب وأما الثانى فلا أن الادتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم وسالم به له هناك علم ان اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعدد صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أو ضحى في الكافي حيث قال ولانه لما تعدد صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعدد صرفه الى الجميع يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية للجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لاحقيقة ولا عرفاً بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة. فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفاً كما سيأتى في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعدد صرفه الى الجميع تعدد صرفه الى أهل مسجد محله كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره) أقول واقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من ايصائه لجيرانه الجيران لكن الجيران هم الملائقون لا غير لان الجار من الجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضاً من أهل المحلة جيرانا عرفاً يلزم المصير الى الدليل

ذكر أحكامها على وجه

العموم والخصوص أبداً

يتناول العموم قال (ومن أوصى

لجيرانه فهم الملائقون)

كان حق الكلام ان يقدم

وصية الاقارب نظرا الى

ترجية الباب ويجوز أن

يقال الواو لا تدل على

الترتيب وان يقال فعل

ذلك اهتماماً بأمر الجار

(قوله ولانه لما تعدد صرفه

الى الجميع) يعنى لعدم

دخول جار المحلة وجار القرية

وجار الارض صرف الى

أخص الخصوص وهو

الملاصق وقوله (وذلك

عند اتحاد المسجد) قيل

حتى لو كان في المحلة

مسجدان صغيران متقاربان

فالجميع جيران

*(باب الوصية للاقارب

وغيرهم)*

(قوله كان حق الكلام أن

يقدم وصية الاقارب نظرا

الى ترجية الباب) أقول

فانه نص على خصوص

الاقارب وقدم على غيرهم

المذكور مجعلا وكل ذلك

يدل على أهميته وما ذكره

بقوله ويجوز لا يدفعه

وكذا قوله وان يقال الخ

نعم يمكن أن يقال لكل

من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أعمية كل من من وجهه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجمال والجيران في التفصيل

وتوله (وما روى فيه ضعيف) يعنى (٧٣) ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون داراً هكذا وهكذا أربع مائة إشارة إلى

الجواب الأربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان سمح كان فيه اى الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذي قال الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ماله من ذى رحم محرم منها كرام الله او كانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار ولومات الموصى والمرأة في نكاحه أو في عذته من طلاق ربحى فالصهر يستحق الوصية

الاول فلا يكون العمل هذا العمل دلالة لاني كما هو مقتضى التحرير وجهه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذي قال الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قوله ويستوى فيه الساكن والمالك ينافى تقييد المصنف فيما مر بقوله عن يسكن محله الموصى الا ان يكون مانقلاً عنهم عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريرها ينافى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف عن يسكن محله الموصى الخ اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملا كأو غيرهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كابدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بتمام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلاً على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا ملا كما حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كما ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا أحراراً وملا كافله قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدراقل قطعاً على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كما من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولما قل أن يقول لعله أراد دخوله كون نفسه موصى له ومستحقاً للوصية فيجوز على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقاً له ولا يضره كونه عبداً وقت الوصية اذا العبرة بوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وأيضاً الوصية بد العبد ثم مولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شق كلامه غير صحيح أما الاول منهم ما فلان العبرة اذا كانت بوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فحين كان عبداً وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقة لا محالة وأما الذي كان عبداً وقت ايجاب الوصية ثم أعتق قبل الموت فصار حراً وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعاً لاننا صار حراً في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الأحرار لا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلا أنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيئاً للعبد عليه كما مضى الى الموت فملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل المالك من ذلك العبد الى مولاه ثانياً بل معناها تملك شيئاً لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به ولا يلزم أن يكون العبد أهلاً لآل ان نفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملكاً لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية اى لا قرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة

الجواب الأربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان سمح كان فيه اى الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذي قال الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ماله من ذى رحم محرم منها كرام الله او كانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار ولومات الموصى والمرأة في نكاحه أو في عذته من طلاق ربحى فالصهر يستحق الوصية

(قوله إشارة الى الجواب الأربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار الى الجواب الثلاثين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول

من الخبايا (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبى بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغى على قول محمد أن لا يدخل ان الذي) أقول لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر

لأن الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن أيضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختنائه) يعني ان الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى حرام الأزواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى كلهم في خمسة الثالث سواء وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف إلى الاثنين فصاعد الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولدان لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى إذا كان (٤٧٣) عليا فعلى القول الأول أقصى الأب على

فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الأب أبو طالب لأنه أدرك الإسلام وان لم يسلم فدخل فيه أولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح إلى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قوله ما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسمان قامت به فينتظم المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يخص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء من سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا ان القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الولد والولد بئس منه لا يخبره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الإسلام وعند الشافعي بالاب الأدنى) وما كان مستروكا بالإجماع لا يصح الاستدلال به لاحالة وقوله

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختنائه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج) لان الكل يسمى ختناء لـ هـ ذافي عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لأقاربه فهي الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنتين فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم لهـ ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسمان قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يخص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء من سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا ان القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الولد والولد بئس منه لا يخبره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعند الشافعي بالاب الأدنى

بيت المرأة اه واقتنى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحب الغناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقر بقاء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلامهم ليس من أقر بقاء امرأته مع انهم يدخلون في الإيصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بمباها وأعم من أقر بقاء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقر بقاء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الإجماع والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج أخته والاختان اصهار أيضا اه تدبر (قوله) وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الأحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بالخلاف ولا وراثت بينهما ما لا خلاف في الدين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

(قوله لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن أيضا) أقول بدليل قولهم لكل أبي بنت اذا ماتت عرت * ثلاثة اصهار اذا عدد الصهر فأقولهم خدرونا منهم امرؤ * وثالثهم قبر وخيرهم القبر

(٦٠ - تكمله ثامن) اه من شرح الزيادات للعتابي (قوله فصاعدا الأقرب فالأقرب) أقول يعني يقدم الأقرب فالأقرب وبالجملة فيه شرائط الأول أن يكون اثنان فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والأم والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) أقول قال في الكافي يستوي فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أو ولاده بالثالث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا

(واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان) يعنى وله وادى يحرم ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما أجبه له من القمود على مذهب أبى حنيفة وقوله (لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية) يعنى لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن فى هذا جعل عدم الميراث من الميراث حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينه ذلك لانه لا بد أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمن كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه (٤٧٤)

قال (واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبار الاقرب كفى الارث وعندهما بينهم ارباعا انهم لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فلم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كفى الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى أقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كالميراث القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذى قرابته أو لأقربائه أو لانسبائه فى جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعقد المحرم بطلت الوصية لانها مقدمة على الوصف قال ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته عند أبى حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقة اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتنوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهل جزا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذر قطع بين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتعاقبه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا أخذ العلم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفى قولهما الثلث بينهما اثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهى أقوى) أى قرابة العمومة أقوى من قرابة الأخوة وقوله (والعمة) وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمدة لا تستحق العسوبة ويقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابته أقرب ووجهه أنهم مستحقون للوصية ومساوية للعم فى الدرجة وعدم استحقاقها للعسوبة لوصف قام بها وهو الاثنية لا يخرجها عن مساواتها

الورثة اياها على ما تقر فى محله عند أبى حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقائل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا امر فيه اتفاق مسئلة الابناء لا يختار أنه يستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوى فى الميراث الاقرب والابعد على ما تقر وان أراد ان الوصية أخت الميراث فى بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذا خصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أبى حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث فى مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والاقرب والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين حيث قال ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين اه وقد أفصح عنه فى الكافى وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوى مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوى مع الذكر فى الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث فى هاتيك الامور فى مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبى حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تظن أنه لم يتعرض فى الاستدلال على قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لمحدث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلاله بوجه آخر وهو قوله كالا يحنى على الناظر فى كتابه ذاك (قوله وله ان اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول فى الاستدلال بقوله تعالى وسار بأهله

العم فى استحقاق هذه الوصية كالعمر الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف فى القرابة وقوله (لانسبائه) الانسب اجمع النسب وهو القريب كالانصباء فى جمع النصيب وقوله (فى جميع ما ذكرنا) يعنى من القمود المذكورة على قول أبى حنيفة خلافا له ما قال (ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبى حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتنوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه وأهله الامراته وله ان الأهل فى الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غير جامع امكان العمل بها

قبل في الاستدلال بهذه الآية نظراً لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله أمكنوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها من ضمتهم نفقته فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها إلا بطريق معرفتها السماع كاعرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تأنيساً فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالات التي استدلالها وقوله فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم إليه وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا بالخلافة وإن كان أكثرهم من الأماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم وقوله (ولو أوصى لا يتم فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعيمان والزمن معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كدفع من الدقعاء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وانا ناهم وهو اختيار الشعبي فإذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قوماً يحصون أولاً فإن كان الأول وحداً لا يحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب ولا حساب فإن احتج إلى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد إذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الأيسر وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وانا ناهم لان الوصية (٤٧٥) عليك وتحقيق التملك فيهم ممكن

وان كان الثاني فالوصية
للقراء منهم لما ذكره في
الكتاب وهو واضح

(قوله قيل في الاستدلال)
أقول القائل هو الاتقاني
(قوله على أن الحقائق
لا يستدل عليها) أقول ان
أراد أنه لا يستدل عليها
بالقياس فسلم ولكن
ليس الاستدلال عليها
بالآية الكريمة كذلك
بل هو من قبيل السماع
وان أراد مطلقاً فغير مسلم
(قوله كالات التي
استدل بها) أقول منها
ما ذكره في الكتاب ومنها

ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الأب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو بخنسه فالتنسب عبارة عن نسب اليه والنسب يكون من جهة الأباء وخنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ولو أوصى لا يتم بنى فلان أو لعيمانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وانا ناهم - لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية عليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القرربة وهي في سداخله وتورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز جعله على الفقراء

نظراً لأنه انما يدل على أن لفظ الاهل يطابق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى انك اذا قلت رأيت انساناً ففعل كذا وأردت بالانسان هنالك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز أن تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى

فجنيناه وأهل الأامراته ومنها ووهبنا له أهله ومنهمهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتكمل على الكل إلا أن المالك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل طرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكي اليتيم صغير لا أب له وفي الجامع الكبير لشمس الأغة فان قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيماً أي طالب قلنا هذا اللفظ من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناولهم سبهم كالمسبون مذموماً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول في المحيط الارمل كل امرأة فقيرة بلغت فارقهاز زوجها أو مات عنها ادخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها مأخوذة من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم والذكري يسمى أرملًا مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشذوذ وطلق الكلام بحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وانا ناهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر إلى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الأول

وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أولاً يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقر وهل يدخل الذكرو والانثى في الأباي دخوله في الأراامل أولاً قال الكرخي يدخل لان الأيم هي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً أو يقال رجل أيم أيضاً وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتماداً على ذكره في الأراامل وانما بطلت الوصية في الشبان والأباي لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه عملياً في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم أكثرهم فيبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفقي من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكل أهله إذا بلغ أربعين فرد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخاً وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعني إذا أوصى لبنى فلان فلا يختلوا ما ان يريد مفهوماً الاضافي أو يكون اسم قبيلة أو خذقات كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند أبي حنيفة رجع اليه وكان يقول أولاً يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الاناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لأن المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاءهم بقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) (ومن أوصى لولد فلان) أما أن يكون أباً خاصاً أو فذاً فان كان (٤٧٦) الاول فالوصية تناول الاولاد دون أولادهم الذكرو والانثى عند الانفراد

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أولاً يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما يثبت عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه عملياً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً بالمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقة بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو خذقات حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاءهم قال (ومن أوصى لولد فلان) فالوصية بينهم والذكرو والانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً

والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاماً واحداً بطريق الحقيقة وولد الولد مجازاً لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة وفي أولاد النثار واثنان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد

وسار بأهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله أنس من جانب الظور ناراً قال لأهله امكثوا ألا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ وأجاب عنه

وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدرى والصحيح أنهم لا يدخلون وذكره (ومن الحقيقة والحجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كن الصلبي قائماً لان فلاناً إذا كان خذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتمكون من ادة فتدخل بخلاف ما إذا كان أباً خاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون من ادة

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول بخلاف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما إذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين الآن يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة مختلفة فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما) أقول وفي الكافي بخلاف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو لاد كور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتباراً بالحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول أبي حنيفة أولاً اهـ فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبة والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه إذا لم يكن للبنت صبي وكان له ابن ابن وابن وبنت ابن مثلاً يكون المال بينهم بالذ كرمثل حظ الاثنين بينهم هذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول اولاد الاولاد لأن فلاناً إذا كان خذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الاولاد من ادة إذا كانت معنى مجاز بالاولاد إذا قامت قرينة على ارادتها أيضاً والظاهر أن يقال إذا كان فلان خذاً يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فليست مثل

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبني على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يميز ذلك
فأجاز ذلك أو أخصنا بما جوزه وكذلك هذا المروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن
لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بنى الأعيان وبنى العلات وبنى الأخیاف وليس بظاهر لأن معنى الأخوة
في الجميع واحد وهو استعمال الصلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعم ومنعنى الأسفل منعم عليه فكان في
أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة وقوله (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة
النفي كذا كرى الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أخصاننا على أن لا عموم للمشترك لافي النفي ولا في الإثبات وأجابوا عن مسألة
الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل (٤٧٧) على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير

بذلك المعنى كالشيء وقد
قررناه في التقرير بمستوفى
بعون الله وتأييده فإن
قبل سلما ألقط المولى
مشترك لكن حكمه
التوقف فكيف قال فالوصية
باطلة أجب بأن الكلام
فيما إذا مات الموصى قبل
البيان والتوقف في مثله
لا يفيد فإن قيل الترجيح
من جهة أخرى ممكن وهو
أب تصرف الوصية إلى
المولى الذي أعتقه لأن
شكر المنعم واجب وأما
فضل الانعام في حق المنعم
عليه فمندوب والصرف
إلى الواجب أولى منه إلى
المندوب كما هو المروي عن
أبي يوسف فهذا المعنى
أجيب بأنهم معارضة بجهة
أخرى وهو أن العرف جار
بوصية ثلث المال للفقراء
والغالب في المولى الأسفل
الفقر وفي الأعلى الغنى
والمعروف عرفا كالشرط

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بأن قصده التفضيل كافي الميراث ومن أوصى لمواليه موال اعتقهم وموال أعتقه فالوصية
باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه إن الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا
أن الاسم يتناولهم لأن كلامهم يسمى مولى فصار كالأخوة ولما إن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى
مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينظمه ما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف
ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في
هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد
الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن
ضمهم نفقته فإن كان معه الأرقاع لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة
أن هذا كلام حال عن التخصيص في دفع نظر صاحب العناية فإن حصل نظره القدر في الاحتجاج لابي
حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل باللفظ الجمع يأبى كون
المراد بالأهل هؤلاء الرعية خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب
العناية حوا ناعنه تأمل نفقتهم فالظاهر في تغليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث
قال ولابي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الرعية في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان
لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الرعية فتكمل الوصية على ذلك اهـ تبصر تغلف
(قوله ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة
الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول في التعليل كلام لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد
الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا إذ يلزم حينئذ أن يكونوا
أرقاعا في حالة تضاف الوصية إليهم وهي حالة الموت فإن الممرض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون
إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرفيق بشي غير رفقتها لا تجوز كما نصوا عليه وقد مر في الكتاب
أن الوصية لأمهات الأولاد ثبت ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برفقتها لأن الوصية بالرفقة
عتاق والوصية لها لا تتمم أن تكون اعتاقا لأنها تعتق بموت مولاهما وان لم تكن عتق وصية أصلا كما

وطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة
لمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجود أو الوصية تضاف
إلى الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجب فيه ما

قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير (أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى
قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لأنه نفى إلى جواز إرادتهم ما فيها يصح الجمع بينهم ما لو لمنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه
الكلام منزهة بدلالة اليمين إلى مجاز يعهما وهو أن يكون المولى من يتعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل
أي ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب الاستحقاق لازم) أي ثابت مستقرا لا يصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بأولادهم نفس الاستحقاق بل بالأحياء الحاصل بالعتق وذلك أنما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الإيضاح يعني بالاجماع عند قال له مولاه وهو واضح ولأوسى (٤٧٨) لمواليه وله موال وأولاد الموالى وموالى الموالاة دخل معتقوه وشروطهم

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عند قال له مولاهم لم ينسبوا إليه فأنسب لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي الموالى عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيه موالى الموالى لأنهم موالى غير حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما إذا لم يكن له موال وأولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة

حقيقة الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كذا كروه هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكره واختار غير متمش ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا ينبغي أن تناول الاسم الأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا تناول كذلك فالجواب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) أن أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لاقوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكامة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد إليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كذا كرتفصيلة في النهاية ومعراج الدراية فالجواب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجوز رأي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلة مع ما كونه كورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جاز تناول الكل في هذه المسئلة دون الأولى ومقاسد فقه التدبير والتبصير مما يضيّق عن الاحتاط به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال وأولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أى موالى العتاقة وأولاد الموالى أى وأولاد موالى العتاقة يعني حيث ذلت الموالى الموالاة وقال في الجامع الكبير وإن لم يكن له الموالى الموالاة كان الثلث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح إذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة بأشراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب إليه صاحب النهاية

وأولادهم لأن نسبتهم إليه بالزلاء لا بالنسبة التي ياتر في آبائهم والفرع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كافي أصولهم ولهذا لا يصح نفى اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفرع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني فلان وانما هم بنو بنيسه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح بقوله (والاعتاق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب طلاق الوصية كالمولى لأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به إلا ما تمكن قرينة على هذه المعنيين وههنا قرينة بين أحدهما وهو أن لاء الاعتاق بمنزلة النسب بحتمل الفسخ بعد ثبوته لاء الموالاة ضعیف تلف فيه بين العلماء به علة يحتمل الفسخ بتحقيق المراجعة بينهما لم يكن له الموالى موالاة الثلث لهم لأن الحقيقة

لم تمكن وجب العمل بالمجاز صون الكلام العاقل عن اللغاة

له وهو أن لاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لأن الحقيقة إذا لم تمكن) أي العمل بالمجاز) أقول بخلاف لما ذكره أنما من القول بالاشتراك الآن بيني على التسليم والتنزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لا ولا للموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا أوصى لموالياه (موال أعنتهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعنتهم أبوه أو ابنه لان التعديل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو أن يباشر اعتناق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتناق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الاب والابن فعل الاعتناق ولا تسببه فقلنا لهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين أعنتهم موال له حقيقة وقوله (وانما يحجز زميراتهم بالعصوبة) جواب عما روى عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل اذامات أبوه وورث ولا عزم لانهم موالى به حكما وهذا يحجز زميراتهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونهم موال له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لعنة كالعمة (٤٧٩) النسب لا يباع ولا يوهب ولا

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بموالى له حقيقة ولا مجازا وانما يحجز زميراتهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله في التعديل لان اللفظ اهم مجازا لاشك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى حينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ اهم مجازا لان اللفظ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا وكأن صاحب النهاية انما اغتر بمائة له عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى لكن التعديل المذكور ههنا وهو قوله لان الأحق اذا لم يوجد وجب العمل بعادونه مطابق للمسئلة غير أب عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز أن يكون أحدهم معني المشتركة أحق بالارادة من الآخر لا مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعديل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جسدنا كما بيناه أننا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن اللغا في حق النصف والمصير الى عموم المجاز لمخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل في عتقه أعزم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبب كما في معتق معتقه فليتام الله وأعلم

يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان نظري في العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه ثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موالى أعنتهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعنه تدعى حنيفة لم ينسب اليه بالولاء لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعند ههنا ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض

الشارحين أن النسخة في قوله (ولا يدخل فيه موال أعنتهم) بآيات لفظية ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولاه حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا بموالى له أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهم لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضوعين وان كان فيه بعد من حيث الارادة على مذهب ما خاصة والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكلمة ما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق في الواحد وجوابه أن الأشخاص وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها ابتداء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه ثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل ثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنهم أوضعا قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ويقيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما اعطيك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد المات) لان الموت (٤٨٥) لان بيلها والارث خلافة (فيما يتعلق بالمرث) وذلك في عين تبق والمنفعة عرض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد المات الحاجة كافي الاعيان ويكون تجوزها على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم مالك الواقف وتجوز مؤقتا وموئدا كافي العارية فانهم اعطيل على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى بشهاده ما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته) لان حق الموصى له في الثلث لا يراعى الورثة (وان كان لامال له غير مخدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كافي الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا ينجز فأمرنا الى المهايات ابقاء للخدمة بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلا لا لا انتفاع لانه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهم مازمانا واذاتا وفي المهايات تقديم أحدهما زمانا ولوا قسموا الدار مهاياتهم من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول وهو الاعدل أولى وايس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلث الدار وعن أبي يوسف رجه الله أن لهم ذلك لانه خاص بملكهم

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنهم أوضعا كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالتمرة لان التمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عتوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صبر الى التوجيه بيناء الكلام على الاكثر يبق تأخير الوصية بالتمرة خائفا من بيان الشككة كما لا يخفى (قوله الا أن الاول وهو الاعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهايات باختيارهم فالمتأخر يسقط حقه فلا تبق الاولوية الا بالزام المالك حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره بل يجوز أن يكون مع الكراهة لاهم يدعوا اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كذا كافي الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الانتفاء الظالم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول أعدل منه

لا يبق) وانما حازت الوصية بمنفعة العبد حازت بغلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملها) يعنى المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبدا أوجعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث أولم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه لخدمته وان لم تجزه الورثة لخدمته يومين والموصى له يوما الى أن يموت وان كان الثاني فاما أن عين سنة مثلا أن يقول سنة ست وسبعين وسبع مائة أولم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى

الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان

لا يخرج ولم تجز الورثة لخدمته يومين حتى تغضى السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة لخدمته يومين له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان ثلث غلة تلك السنة على ما سئد كره

قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) اذ مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصى (لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفي
 المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يتملكه
 المورث وذلك في عين تبقّي والمنفعة عرض لا يبقّي لكن يجوز ان يستحقها ذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير رضا المالك
 لا يجوز (ولومات الموصى له في حياة الموصى بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية
 في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب (٤٨٩) عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده

أوداره) فاستخدم العبد
 الموصى بغلته الموصى له
 بنفسه أو سكن الدار الموصى
 بغلته بنفسه اختلف
 المشايخ في ذلك على ما ذكره
 في الكتاب وهو واضح وقوله
 (وليس للموصى له بالخدمة أن
 يؤجر العبد والدار) واضح
 سوى ألفاظ ذكرها (قوله)
 اعتبارا بالا عارة فانها تملك
 بغير بدل) قد تقدم في باب
 العارية وفي الحقيقة هذا
 المعنى راجع الى الاصل
 المقرر وهو أن الشيء لا يتضمن
 ما فوقه وقوله (الأن الرجوع
 للتبرع لا غيره) جواب
 عما يقال الوصية وان كانت
 غير لازمة ابتداء لكنها
 تصير لازمة بعد الموت
 لعدم قبولها الرجوع
 حينئذ ووجه ذلك
 ان الاعتبار للوضوعات
 الاصلية والوصية في وضعها
 غير لازمة وانقطاع الرجوع
 بموت الموصى من العوارض
 فلا يعتبر به

وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكني جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من
 الثلث وكذا له حق المزاوجة فيما في أيديهم اذ اخرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا
 عنه قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفي
 المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير
 رضائه وذلك لا يجوز (ولومات الموصى له في حياة الموصى بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على
 ما بيناه من قبل (ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنه بنفسه قيل يجوز ذلك لان
 قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة ذراهم أو دنائير وقد وجبت
 الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه
 من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلائها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له
 بالخدمة والسكني أن يؤجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تأمكها
 من غير مبدل أو غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها باحة على أصله وليس بتعليك
 ولنا أن الوصية تعليلك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تعليلك ببدل اعتبارا بالا عارة فانها
 تعليلك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تعليلك ببدل كذا اذا توخى حقه
 أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالضعف والاكثر بالاقول والوصية تبرع
 غير لازم الآن الرجوع للتبرع لا غيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في
 وضعه فغير لازم

للتسوية بينهم ذانا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في
 سكني جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فلا لانه
 منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرهما فاقسمها الموصى له مع الورثة على الثلث
 والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بخلاف مع جريان هذا الدليل
 هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج
 الدار من الثلث وأما ثانيا فلا لأنه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكني جميع الدار بمجرد احتمال
 ظهور مال آخر لليت وخرج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكني جميع
 تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت في سكني جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق
 أشخاص والالزام باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محمل واحد في زمان
 واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثاني يلزم أن
 لا يقسم بين الدارين الموصى له والورثة ثلثا لثلاثا لانتفاع وأن لا يقسم الدارين بينهما ثمة من حيث الزمان

قال المصنف (وجه
 الظاهر أن حق الموصى له
 ثابت في سكني جميع الدار

(٦١ - تكمله نامن) بأن ظهر لليت مال آخر) أقول قال النكاكي ويعتبر بهذا الاحتمال لانه نشأ من
 دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلم يكن له مال سوى هذه الدار ليوص بحجمه
 منافعها احترازا عن الحرم شرعا اهـ وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول قوله الموصى له فاعل استخدم
 قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للقيام كان أن يقول لان عين المنافع
 كقيم الكه قاتب تنبيه على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليتأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقربى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه
 باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجب بان كلام المصنف في
 الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها او منفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث)
 احراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له (٤٨٣) الاخراج الى أهله الاباجازة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير

ولان المنفعة ليست عمال على أصلنا وفي عليكها بالمال احداث صفة المالية فيه لتحقيق المساواة في عقد
 المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية بان يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بتد المعاوضة حتى يكون مملوكا
 لها بالصفة التي يملكها أما اذا قلنا يملكها مقصودة بغير عوض ثم يملكها بعوض كان مملوكا أكثر مما يملكها
 معنى وهذا لا يجوز وليس للموصي له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصي له وأهله في غير
 الكوفة فيخرج به الى أهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف
 من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصر مقصوده أن يتمكن من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر
 واذا كانوا في غيره مقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره ويجوز
 أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه درهم أو دينار
 فكان بالجواز أولى ولولم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة
 بالاجزاء فلما أراد الموصي له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في
 رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصي له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصي له الا اننا نقول
 المطالبة بالقسمة تنبني على ثبوت الحق للموصي له فيما يلاقيه ان القسمة اذ هو المطالب واللاحق له في عين الدار
 وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا خير رقبته وهو يخرج من
 الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة علم صاحب الخدمة لانه واجب لكل واحد منهما شيئا معلوما
 عطفانه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

من الموصي وقوله (ولو
 أوصى بغلة عبده أو بغلة
 داره) فله علم جوازها
 تقدم من طريقين ولعله
 ذكره تلبية للقوله (ولو لم
 يكن له مال غيره كان له
 ثلث غلة تلك السنة) يعني
 اذا لم تجز الورثة كانت الوصية
 بغلة عبده سنة وتذكر
 الضمان اربا بتأويل المال
 أو نظرا الى الخبر وقوله
 (لانه عين مال يحتمل
 القسمة بالاجزاء) وكل ما هو
 كذلك تعلق الوصية بثلثه
 ان لم يخرج من الثلث
 وفيه اشارة الى الفرق بينها
 وبين الخدمة فان العبد
 لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء
 صرنا الى قسمة استيفاء
 الخدمة بطريق المهايأة الى
 ما يستوفي خدمته سنة
 كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو
 أراد الموصي له قسمة الدار)
 ظاهر الى قوله (عطفانه
 لاحدهما على الآخر)
 ومعنى ذلك انه عطف قوله
 والآخر برقبته على
 قوله أوصى له بخدمة عبده
 (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة
 العطف (بحالة الانفراد) أي

اننا لا نثبت حق الموصي له في سبكي جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع
 أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آتفا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة
 أولن يملكها بتد المعاوضة حتى يكون مملوكا لها بالصفة التي يملكها) قال في العنايه واعترض عليه
 باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل
 وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك
 فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منطوقه لانه كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي
 كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم
 أن تكون مساوية للدعي بل لا بد من كلية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الأول
 وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست عمال على
 أصلنا وما ليس عمال في عليكها بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيق المساواة في عقد المعاوضة وما
 في عليكها احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن يملكها تبع المالك الرقبة أولن
 يملكها بتد المعاوضة حتى يكون مملوكا لها بالصفة التي يملكها ولا يكون مملوكا أكثر مما يملكها فانه لا يجوز
 شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة منع اقتضاء الادلة الشرعية
 كلية كل واحدة منها في نفسها لا بحال التقييد شيئا منها بما يخرج به منفعة الحر لو قوعها في محل

بحالة انفراد احد الوصيتين عن الاخرى فلا تحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما ثم
 (قوله وتذكر الضمان اربا بتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد
 منهما شيئا معلوما عطفانه) أقول أي من محمد أو من الموصي فانه عطف قوله ولا خير رقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا
 في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك انه عطف الخ) أقول يعني ان محمد اعطف الخ

وقوله (ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبیان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى بهما (اذا الرقبة أخت الميراث من حيث ان الملك فيه ما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبقبته لا خرا ما ان يكون أدرك أحد الخدمة أولافان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان الانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتكمن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا ينفى على الخدمة الا بدوان أبي الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير (٤٨٣) مع المعبر وان جنى جنابة فالغداء

على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجنابة فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أى لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولا شيء) لصاحب الظرف) وهو الامة والخاتم والقوصرة (في المظروف) يعني الولد والنص والتمر (في هذه المسائل كلها) اما اذا كان أحد الابحايين موصولا بالآخر فبالانفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كافي وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدله أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعقول على قول محمد

ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة فلم يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيه ما بعد الموت ولها انتظار وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنه الآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولا آخر بنفسه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيه من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الابحايين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى بهما والولد بينهما من ان كان كذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى بهما دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شئ في حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها واسمها في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما سحت الوصية لصاحب الخدمة كالبیان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى بهما اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيه ما يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبیان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس يستديد والحق أن يقال كالبیان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها واسمها في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها لتناولها ما لها من الفص واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما صرح في مسئلة صحة الوصية بجارية الاجلها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا اذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما صرح في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل نبعولها ذالوقا بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للقر له لان الاستثناء تصرف في الملقوط بل انما المراد بها بتناول اسم الخاتم للنص واسم الجارية لما

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول

والصواب في أختها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك الارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا بما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالف لما أسلف في الوصية بجارية الاجلها فراجع ما سلف قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن ينظر أن تلك الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى לאחר بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي إلى ما يحدث
على وجوده ثلاثة في وجهه يقع على (٤٨٤) الموجود وأحدث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر كالتوصية بغلة

ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحتاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص
وصيتان وكل منهما وصية بالإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون الإيجاب الوصية فيه
لثاني رجوعا عن الأول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول
الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغیره
لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين
أنه أوجب لصاحب الخاتم الخلقه خاصة دون الفص قال (ومن أوصى לאחר بثمرة بستانه ثم مات
وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن
أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للوجود عرفا فلا
يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة تمثل التخصيص على الأدلته لا يتأبدل بالتناول المعدوم والمعدوم
مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال
فإن يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولها ما عرفها غير موقوف على دلالة
أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يقتصر الانصراف إلى دليل زائد قال (ومن
أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها
من اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت
فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ

في بطنها تناولها حالها ما تبعاعه عند الإطلاق فترفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن
العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحتاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في اللفاظ
المذكورة في حاشية المسائل لأن الخلقه والفص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر
إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء المدلولات هذه الأسماء
لأجزاء معانيها لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا
معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها
وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء عجزت خاص فكيف يتصور فيها العموم بقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة
الخاص بمنزلة الغوهمها كما لا يخفى (قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل
التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الخلقه خاصة دون الفص) أقول فيه شيء
وهو أنه قد تقررت في كتاب الأقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا
غير عامل فيما يتناول الاسم لفظا كالفص في الخاتم والخلة في البستان والبناء في الدار فمعنى قوله أو
الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا
أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف
يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول في تحريره هذه المسئلة بهما الوجه سماجة فإن
الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال
ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فلا ولي ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة
أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر (قوله لأنه إيجاب عند
الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينتقض بما

بستانه أو أرضه أو سكنى
داره أو خدمة عبده فإن
العرف فيها جار على الأبد
وبعتبر خروج وجه من الثلث
وفي وجه يقع على الموجود
دون الحادث ذكر الأبد أو لم
يذكر كالتوصية بالصوف على
ظهر الغنم والولد في بطن
جاريته واللبن في الضرع
لأن المعدوم من هذه
الاشياء لا يستحق بوجه ما
وفي وجه أن ذكر الأبد يقع
على الموجود والحادث
كالتوصية بثمرة بستانه وإن لم
يذكر فإن كانت الثمرة
موجودة قبل الموت تناولها
والألفا قياس أن تبطل الوصية
وفي الاستحسان يقع على
الحادث إلى أن يموت الموصى
له وجه القياس أن الثمرة
في الموجود حقيقة وليست
بموجودة فتبطل ووجه
الاستحسان حمله على المجاز
عند انتفاء الحقيقة صونا
لكلام الموصى عن الالتقاء
والمصنف حمل الفرق بين
الثمره والغلة على العرف
فيهما ثم السقي والخراج وما
فيه صلاح البستان على
صاحب الغلة لأنه هو المنتفع
بالبستان فصار كالنفقة في
فصل الخدمة وقوله (ومن
أوصى لرجل بصوف غنمه
أبدا) إلى آخر الباب واضح
ولله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير إلا وتركيبه آو في تأديته من غيره وهذا

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيد

وقوله (وبعد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعتي على مافي بطن جاريتي أو غنمي صح له مافي بطنها وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن مافي البطن قد يكون (٤٨٥) متفقوما وقد لا يكون فلم يضره حتى

لوقالت على جل جاريتي وليس لها جل ترد المهر

باب وصية الذي

عقب وصية المسلم بوصية الذي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين

في أحكام المعاملات (واذا صنع يهودي بيعته أو نصراني كنيسة في صحته

ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما

عنده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة

إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حالة الحياة

موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما

عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا (نصح)

باب وصية الذي

(قوله وإذا صنع يهودي بيعته أو نصراني كنيسة)

أقول فيه فوع مخالفته لما أسلفه في كتاب

السيرة والاولى أن يجعل من قبيل ألف

والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا

نصح) أقول فيه بحث

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس بأبي غليل المعدوم لانه لا يقبل الملك الآن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاها بعقد البيع تبعاً وبالعقد الخلع مقصود فكذلك بالوصية والله أعلم بالصواب

باب وصية الذي

قال (واذا صنع يهودي أو نصراني بيعته أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما

تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة فان الايصاع ايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على التام يومئذ وعلى الحادث بعده أيضاً ذكراً قديماً لا بد في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الآن هذا التعليل ههنا بقي خالياً عن الفائدة وإنما

يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الا أنى (قوله الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض

المتأخرين يرد عليه ان لنا أصلاً آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقته اه (أقول) لا يورث ما توهمه بل هو ساقط بعد ان مبناه أن يكون الخالق الوصية

بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعاً فقول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى

لان الاولوية انما تنصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء تاباً بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقدس عليه معدوم ولا عن سنن القياس دون الخلق به بطريق

الدلالة وقد مر مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقي لاشئ فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر

في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة لا يتشبه على قول أبي حنيفة وإنما يتشبه على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع وعندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذي

ذكر وصية الذي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات

كما ترى فتغليب الأدل على الاكثر غير معقول ولا يظهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لحساسيتهم (قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعته أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله

والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب

الذلا وصية ههنا والظاهر ان عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصنعة نعم لوقال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى

الاستخلاف والتعليك) ولهذه
ولاية التملك (فأمكن
تصحيحه) أي تصحيح إيصائه
(على اعتبار المعنيين) يعني
الاستخلاف والتعليك
فجعلناه من الثالث نظر إلى
الاستخلاف فجوزنا ذلك
نظرا إلى التعليك وإذا صار

ملكاً للمعين صنعوا به ما شاؤوا
(وإن أوصى أن تجعل داره
كنيسة لقوم غير معينين)
يعني قومًا غير محددين
(جازت الوصية عند أبي حنيفة
وقالاهي باطلة لأن هذه)
الحقيقة (معصية وإن كان
في معتقدهم قرينة والوصية
بالمعصية باطلة لما في
تنفيذها من تقريرها ولا في
حقيقة) أن الاعتبار لعقدهم
فإنهم لو أوصوا بالحلج لم يعتبر
وإن كان عبادة عندنا بلا
خلاف فكذلك إذا أوصوا
بما هو في معتقدهم عبادة
صح وإن كان عندنا معصية
لأننا نأمرنا أن نستر كهفهم وما
يدنون فالواحد إذا اختلف
أدا أوصى ببناء بيعة أو
كنيسة في القرى فأما في المصر
فلا يجوز بالاتفاق لأنهم
لا يمكنون من أحداث ذلك
في الأمصار

(قوله يعني الاستخلاف
والتعليك فجعلناه من الثالث
نظر إلى الاستخلاف) أقول
فيه نظر فإن الاعتبار من

قال (ولو أوصى بذلك لقوم معينين فهو الثالث) معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعة أو كنيسة فهو جاز
من الثالث لأن الوصية في معنى الاستخلاف ومعنى التعليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار
المعنيين قال (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير معينين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالوا الوصية
باطلة) لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من
تقرير المعصية ولا في حقيقة أن هذه قرينة في معتقدهم ونحن أحرصنا بأن نتركهم وما يديسون فنجوز بناء
على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا
لاعتقادهم فكذلك أعكسه

العناية في شرح هذا المحل إذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق
فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا
كان لمسلم فإن وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما
فلا ن هذه الوصية معصية فلا تصح إلى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أنه صرف البيعة
إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني وهو مخالف المذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من
أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الأصل ثم غلب استعمال
الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة إلى النصارى
والكنيسة إلى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني أنه قال أماعنده وقال بعده فلا ن هذا
بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر أبا حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الأظهار
والثاني مقام الإضمار بخلاف عبارة المصنف فأنه على الأصل السديد حديث قال لأننا بمنزلة الوقف عند
أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث أنه خص كون
الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فإن وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف
الكافر أيضا موروث عنده بالاتفاق بخلاف عبارة المصنف فأنه مطلقه حيث قال والوقف عنده
موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع أنه قال فلا ن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسئلتنا هذه
فإن المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته والوصية تعلق
مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فإن هذه معصية إذا المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي
الصيغة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لأن الوصية في معنى الاستخلاف ومعنى التعليك وله ولاية
ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا
ما شاؤوا (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فإن الوصية بالمعصية باطلة عندهما وإن كانت في معتقدهم
قرينة كما سبقي فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية
حقيقة وإن كان قرينة في معتقدهم الكفار لمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتعليك
تصحيح الكلام المعقل مهمما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لأن كون الموصي به
قرينة في معتقدهم الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سبقي وأيضا فيما نحن فيه كذلك فينبغي أن
تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير معينين على ما سألنا في دون المصير إلى
اعتبار معنى الاستخلاف والتعليك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على
الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وإن كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة

الثلاث انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا المالك في حياته حال المرض يعتبر من الثالث
أيضا والأظهر أن النظر إلى المعنيين في التجوز والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف وللاعتبار من الثالث يعلم مما أسلفه

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى (٤٨٧) وقوله (بخلاف الوصية) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والتمهير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فتبقى على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية بتأويل الايصاف وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظة هاتقا عدا عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا أوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فأما اذا لاقت ما هو قربة فيه علمت عملها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو

ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم يتحرر لتهلك حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وماذا أوصى الذي بان تذبج خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعياهم لموقعه عليهم لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعياهم أو غير باعياهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا أوصى بما لا يكون قربة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا أوصى للفتيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعياهم فيصيح عليهم واستخلافه وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لاننا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته

بين ابي حنيفة وصاحبيه

واسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخرج أيضا ليتأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رجه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لفائل ان يقول ان أصل ابي حنيفة رجه الله أن كون الشيء قربة في معتقدهم كاف بناء على أنا امرنا بان نتركهم وما يعتقدهم دون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما صرنا نقول لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الخيرات ويسكنون فلم يتحرر لله تعالى لتهلك حق العباد بها قلت هذا صير الى التعليل الثاني الذي ذكره وقوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلامعنى للخط (قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتهلك حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظران كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل اول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بالدليل ثم أقول الحق عندي أن قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال ملك الباني الخ كانه قال ثم الفرق لابي حنيفة رجه الله تعالى بينهم لان البناء نفسه ليس بسبب

قوله والتمهير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقى على مقتضاه كلها ارجع الى الوصية) المناسب للكلمة كلها ان

وقوله (وفي المرتدة الأصح أنه تسع وصاياها لانها أتت على الردة) وصارت كالدنية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيارات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لان تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تنقر على اعتقادها أما المرتدة فلا تنقر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهذا الأصح وعما يصدق أن وقوله (وإذا دخل الحرب دارا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمي بماله كله جاز) قيل هذا إذا لم تكن المرتدة معه أما إذا كانت فأنها تنصرف على أجازتهم وإلى هذا أشار بقوله (٤٨٨) (وليس لورثته حتى شرعى لكونهم في دار الحرب) وقوله (وذلك في حق المستأمن أيضا) جواب

في المرتدة الأصح أنه تسع وصاياها لانها أتت على الردة بخلاف المرتدة لأنه يقتل أو يسلم قال (وإذا دخل الحرب دارا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث حتى الورثة ولهذا تنفذ بأجازتهم وليس لورثته حتى شرعى لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الأمان والامان كان لحقه لا حتى ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جازلانه مادام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذلك بعد مماته وعن أبي خنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لانه مستأمن من أهل الحرب أذهر على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو أوصى الذي بأكثر من الثلث أو بعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جازا اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخذه والله أعلم بالصواب

لزوال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الجدران ويسكنون الخ تبصر (قوله وفي المرتدة الأصح أنه تسع وصاياها لانها أتت على الردة بخلاف المرتدة لأنه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تنقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تنقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهذا الأصح وهما يصدقان اه (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لا شك أن مراد من قال في الخلافات هو الصحيح يرجع هذا القول على القول الآخر لبيان مجرد صحة مع رجحان الآخر أن مراد من قال هو الأصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدق قائلها (قوله ولو أوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخذه) أقول هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة هرت في الكتاب آنفا منها ما إذا دخل الحرب دارا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله فإنه جائز مع ان الارث ممنوع بين الذي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم والحربي لا خفاء بلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنهما ما إذا أوصى ذمي لحربي مستأمن بوصية فإنه جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنهما ما إذا

عما ورد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حتى شرعى لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا امر أعان المحقق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فأخرج عن ذلك وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث حتى الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربي في دار الاسلام) ظاهر في دار الاسلام طرف لا وصى لاقوله حربي أي لو أوصى الذي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذي إذا أوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبله من ذلك بقوله وكذا لو

أوصى له أي للمستأمن مسلم أو ذمي بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

باب

(قوله والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهما الأصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فأنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطأ بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالاصحبة بالانترام قال المصنف (وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول لامن حتى ورثته حتى ينافي ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته) أقول فيه شيء فان هذا الكلام أعني ما نسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذي ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليتنامل (قوله ولان الذي إذا أوصى) أقول في صحة هذا العطف تأمل

باب الوصى وما يملكه

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى أسبله معتمدا عليه فلوصح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فردده بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم مستأمن بشئ فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا إذا كان الكافر حريا ولو كان مستأمنًا

باب الوصى وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرته وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (ومن أوصى إلى رجل) أي جعله وصيا (فقبل الوصى في وجهه) أي بعلمه (وردها في غير وجهه) أي بغير علم الموصى هكذا ذكره في الذخيرة إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند رد الموصى (فليس برده لان الميت مضى لسبيله) أي الموصى مات معتمدا عليه فلوصح رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضطرار لا يجوز في ردده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في أن قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحته بخلاف الثاني على ما ذكرتم وأجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصى فكان في رده بغير علمه اضطرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع إلى ورثة الموصى ولا ضرر له في ذلك ويشير إلى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) أي في غيبته وبغير علمه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرته وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضى للصمد الشهيدي والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضخان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضع في الذخيرة الفصل الثاني من وكالاته والفصل العاشر من التمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصوصة من فتاوى قاضخان إلى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرأعبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كافي الوصى لانه يؤدي إلى تغير الموكل بخلاف ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي إلى تغير الموكل وهذا فيما اذا كان له بشرأعبد بعينه لانه أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكيل في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل لا يجزى من الموكل أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية بخلاف لعامة روايات الكتب كالتمة والذخيرة وغيرهما علم الموكل ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بعينه لا بشرأعبد بغير عينه ومما ادعى صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف إلى هنا كلام صاحب الغاية إلى هذا مال صاحب الغاية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق لئلا يفتقدوا في أكثر المعترات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بأبى على حدة وينوافيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينه أم لا ما إذا كان وكيلًا بشرأعبد بعينه فيكون عقد الفصل ثم استروا الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سطة لا تخفى ولذا كرم بيننا عبارة الذخيرة لعلنا نأخذ منها حصرة قال فيها الفصل الثاني بالوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكيل لانه لا يملك ان اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى ان من وكل غائبًا قبله ان يرد الوكيل لانه لم يعلم الموكل قبل الوكيل الوكيل لانه صح قبوله وصار وكيلًا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

(لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جواز عدم الضرر كافي رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التهمة والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام الحنبلي وقتاوى قاضخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس (٤٩٠) فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراشي بغير عينه وعن هذا قال بعض

الشارحين رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراشي بغير عينه وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يحضر من الموكل وذلك أيضاً قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغيره وأما إذا كان وكيلاً بشراشي بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيراً فلأنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل اذ انبثقت في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كتابات المالك بالبيع والشراء وقد ينطابق بين العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصوصية والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والعلاقات وسائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيلاً بشراشي بغير عينه وعن هذا قال صاحب الكافي عهنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير علم الخ لا يرى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعاً للغرر والضرر المنهين أن يجب في الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولاً انتهى (قوله لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) أقول (فماثل أن يقول هذا التعليل بتمتة قبض بصورة رد الوصى الوصية في غير وجهه الموصى في حياته فان الموصى حتى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غير وجهه الموصى بعد أن قبلها في وجهه لافي حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفاً والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافه بعد الموت لافي حال الحياة فالتصرف الذي يرفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتفاض نعم انه يقدر في حياته على الايصاء الى الآخر يدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كإلصاقه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضاً (قوله وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول رد عليه أن يقال غلب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية لا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفاً فإذا كانت خلافة تتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جداً لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد ينطبق طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء باوارث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي

الشارحين رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراشي بغير عينه وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يحضر من الموكل وذلك أيضاً قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغيره وأما إذا كان وكيلاً بشراشي بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيراً فلأنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل اذ انبثقت في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كتابات المالك بالبيع والشراء وقد ينطابق بين العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

اختياره وقوله (فلو أنه باع شيئاً من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانه سائل عمل الضرر اذ لم يوجد صريح بخلافه لكنه يعتبر بذلك بعد الموت وقوله (وقد ينطبق طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي الواحد فيهما ما يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعني الاتفاقاني

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سكنت في حياة الموصي ثم بعد مائة قال لا أقبل
ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج به القاضي حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لفرلان في ابطاله
منه بالميت وفي ابقائه ضرر الموصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالنواب ودفع الاعلى من الضرر أولى
لاجمالة وقوله (الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني (٤٩١) أن القاضي اذا أخرجه عنها حين

قال لا أقبل لا يصح قبوله
بعد ذلك واختلاف المشايخ
في تعليل صحة هذا الخارج
فهم من قال القاضي حكم
في فصل مجتهد فيه فينفذ
واليه ذهب الامام شمس
الائمة السرخسي وهو
الذي اختاره المصنف
ومنه من قال انما صح لان
الوصاية لو صححت بقبوله كان
للقاضي أن يخرج به ويصح
الخارج فهنا أولى واليه
ذهب شمس الائمة الحلواني
والباقي واضح قال (ومن
أوصى الى عبد أو كافر الخ)
ومن أوصى الى عبد غيره
أو كافر ذي أومستأمن
أو حربي أو فاسق أخرجه
القاضي عن الوصية ونصب
غيرهم وهذا اللفظ وهو
لفظ القدوري يشير الى
صحة الوصية لان الخارج
يكون بعد الصحة وذكر
محمد في الصور الثلاث أن
الوصية باطلة ثم اختلف
المشايخ في أنه باطل أصلا
أو معناه يبطل قال الفقيه
أبو الليث واليه ذهب
القدوري ونظر الاسلام
البرزدي وعامة مشايخنا

(وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصية
حين قال لا أقبل) لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضرر بالميت وضرر الوصي في
الابقاء مجبور بالنواب ودفع الاعلى أولى الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه
مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يجز عن ذلك فيستمر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي
الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ أخرجه
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية باطل القاضي قال
(ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه هم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير
الى صحة الوصية لان الخارج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع
هذه الصور أن الوصية سبطل

الواحد في ما يكفي انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن
التبعية أي بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن
التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول
ليس ما قاله هذا البعض بصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي
كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على مكانته
وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط انعقاد العدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب
الشفعة والخصومة فيمن كتاب الشفعة واذ بلغ الشفع بيع الدار لم يجب عليه الا شهادته حتى يجبره
رجلان أو رجل واحد أو آتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد خرا
كان أو عبد اصبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرنا به دلائله
وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في
غير كتاب القضاء أصلا بدون التبعية لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية
يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني
أن القاضي اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظرا لان المصنف قيد
قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد بقيد مفهوم المخالفة أن
القاضي اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كانصوا
عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضي عن الوصاية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هذا الا أن
القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي أن
يكون قوله هذا الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله في قرينه ودفع الاول وهو الاعلى أولى فيكون
هذا الاستثناء دخلا في حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن
القاضي أخرجه حين قال لا أقبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطق أصلها ويؤيده أن
نعمناه يبطل ووجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا جازتو كيله ولكن لما كان مجز عن استيفاء حقوق الميت منظونا لكون منفعه
لأولي والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انما استبطل
اخراج القاضي اياه عنها وما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قسم شيئا قبل ان يخرج به القاضي جازت ان الايصاء صحيح لكنه
لا يشر في البياعات الفاسدة فجاز للقاضي أن يخرج به عن الوصية

قوله وقوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعديّة وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فنقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قيل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لان اعزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت انما أوصى اليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالحيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (٤٩٣) (ومن أوصى الى عبد نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه أي هذه

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه متبطل وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الناسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعده او المعادة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرج القاضى من الوصاية ويقيم غيره مقامه انما بالنظر وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان الكبير أن يعنه أو يبيع نصيبه فيمنعه المسترى فيجوز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدة وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجهه القياس أن الولاية منعقدة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية صادرة من الاب لا تجوز أو في اعتبار هذه وتجوزها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا

هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية ولنا في هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالحطاي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقنوري في التقريب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عددهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف وله هذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله منع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا يغار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فالقاضي أن يبيعه

الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصى وولايته لا تجزأ اذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزى في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى اكده غير متجزئة كان عائد على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه متبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والحجاز فان أمم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال

والجل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب مما ذكر في شرح الاتفاق وهو أن محمد اذ كرى في الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبي حنيفة في المسلم يوصى الى الذي قال الوصية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الأصل وإذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولا وقال في الأصل أيضا اذا أوصى المسلم الى ذي أو الى حري مستأن أو غير مستأن فهو باطل وقال في الأصل أيضا ولو أوصى الى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى على أحد أن وجه صحة الوصية الى عبد الغير جارها الآن يؤول ويقال اذا كان للقاضي أن يخرج له لم يستقر على الصحة فكانه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقوله بكونه ناظر الهم لان العاقل لا يختار الموقوف دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقتة على من خلفهم وصار
 كالمكاتب فان الايضاء اليه جائزة كذلك هذا قوله (والوصاية قد تجزأ) جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن
 ابن زياد روى عن أبي حنيفة أنه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما
 أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه أى الى التجزى كى لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان
 قيل يفضى الى تغيير وصفه وهو جعله متجربا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف
 العاجز أصلا اذا ظهر للقاضى عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غير رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان القاضى نصب
 ناظرا واذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لم يكن شكي
 اليه الوصى ذلك أى عدم الاستبداد بجزمه لا يجيبه كذا كرى الكتاب (٤٩٣) ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل

غيره به رعاية للنظر من
 الجانبين أى جانب الموصى
 والوصى يقوم المنصوب
 من جهة القاضى
 بالنظر فى حوائج الموصى
 والعاجز المعزول بقضاء
 حقوق نفسه واذا كان عدلا
 كالمكاتب فليس للقاضى أن
 يتعرض اليه بالاخراج
 وان شكاه الورثة أو بعضهم
 اليه الا اذا ظهر منه خيانة
 فانه يستبدل به غيره ووجه
 ذلك مذكور فى الكتاب
 قوله (ومن أوصى الى
 اثنين الخ) روى عن أبي
 القاسم الصفار أنه قال
 هذا الخلاف بينهم فيما
 اذا أوصى اليهم جميعا معا
 به عقد واحد فأما اذا أوصى
 الى كل واحد منهم بعقد

المولى اليه يؤذن بكونه ناظر الهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تجزأ على ما هو المروى عن أبي
 حنيفة أو نقول يصار اليه كى لا يؤدي الى ابطال أصله وتغير الوصف لتصحح الاصل أولى قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان تكميل
 النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فتم النظر برعاية غيره ولو شك اليه
 الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيا على نفسه واذا ظهر
 عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فله
 امس للقاضى أن يخرج له لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختارا لميت ومريضه فابقاؤه أولى ولهذا
 قدم على أب الميت مع وفور شفقتة فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شك الورثة أو بعضهم الوصى
 الى القاضى فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا
 ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لآمانته وقد فانت ولو كان فى الاحياء لا يخرج منه فاعند عجزه
 ينوب القاضى منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي
 حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة بينهم ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف بنفرد كل
 واحد منهما بالنظر فى جميع الاشياء لان الوصاية

فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بأنه اذا ثبت الايضاء اليه لم يبق للقاضى ولاية البيع كذا السؤال
 والجواب فى أكثر الشروح وعرضاها فى النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول فى هذا الجواب بحث
 لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضى موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التى نحن
 فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو تولى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة
 على المطالب لاحتالة الفالحق فى الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح
 الافطع حيث قال وأورد فى شرح الافطع سؤال الجواب فقال فان قيل اذا كانوا وصيا فخارا للقاضى بلى
 على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضى على الوصى لا تمنع جواز الوصية لانه بلى على الاحرار مع

على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بخلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما
 على الانفراد وحكى عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل فى الميسوط هذا الاصح
 لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وجيزة ذنبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال
 الا فى أشياء معدودة ولم يذكر كبتها لا خلاف أقوال العلماء فيها فقد كرى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول
 الهبة وجميع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب
 والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضى ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر
 فيه ايضا جميع الاموال الضائعة قيل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كى لا يزداد مانص
 عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تجزأ فيثبت لكل منهما كمالا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تصح اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب انما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى الا بالثني وليس الواحد كالثني بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كمالا ولان الانكاح حق مستحق لهما على الولي حتى لو طالبته بالنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وهذا حق التصرف للموصى ولهذا يبقى مخيرا في التصرف في الاول أو في حق على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي علم ما وله ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبدا وهي ما استثناءه في الكتاب وأخواتها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت وله ذاءد كماله الجران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريا (ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ماسر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفاد من الموصى لتحقيقها من غير من أوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه ببل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناءه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناءه القدر في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كاترى قصر القدر في الاستثناء عليها في مختصره واقتنى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناءه في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناءة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناءه في الكتاب أي في مختصر القدر في كتابه سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشار الى أنه يزد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليه المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء لكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة محتفل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لابد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراى (وتنفذ وصية بعينها وعقود بعينها) لانه لا يحتاج فيه الى الراى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى في خبره فلم يكن من باب الولاية (ويبيع ما يخشى عليه التوى والذلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بأمانتهم ما جعلا في القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجرانتهى أقول لا يخفى أن ما بسأعه منه تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور انكته منظوره فيه عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدرورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجرى الهداية من مقول القدرورى في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفت عما بيناه فيما مر آنفا اللهم الا أن يحتمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدرورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالتحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الاحفظ للمال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهب اليه تكاف باريدل تعسف فاسد اذا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره السارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم هو أنهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعه الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذه منه انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم ثم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدة دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجع عليه فان قلت بقي المخالفة حيث نثبتين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف ههنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علماءنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد في الاسلام البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملا

وقوله (ولو أوصى إلى كل واحد منهم ماعلى الانفراد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما (فإن مات أحدهما) متعل بآول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهم ما أوصى إلى الحي) ظاهر وقوله (والى الجسد في النفس) يعني إذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واولادهم ماعلى انفسهم لا على الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة فيجعل الاول قائما صاحبها والخلف يمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان الموصى ولاية في التركيب أى في تركته نفسه بمما تركه باعتبار ما يؤول اليه وتركته موصيه أما في تركته موصيه فباعتباره ملكه وأما في تركته موصيه فباعتباره الوصاية اليه فينزل الثاني منزله (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرثى بشوكيل غيره) أى لا يرثى الميراث بأن يوكل وكيله

غيره أو يوصى إلى غيره قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلاث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقسام الوصى الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمه نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغاراً وفي المنقول ان كانوا كباراً حتى لو هلك حصص الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيراً حاضراً وصاحب الوصية نائباً فقسام الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حصصهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيراً كان أو كبيراً حاضراً وغائباً في المنقول والعقار جميعاً حتى لو هلك في يد الوصى ما أفرزه كان

ولاية في معنى المبادلة لاسماعتها عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفراد كل واحد منهم ما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لأنه لما أفرقه قدرنى رأى الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر أما عندهما فإن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصياً آخر فنظر الميت عند عجزه وعند أبى يوسف إلى من ماله وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصداً أن يخلفه متصرفاً في حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهم ما أوصى إلى الحي فله أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باق حكماً أى من يخلفه وعن أبى حنيفة أنه لا يتفرّد بالتصرف لأن الموصى مريض يتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كإرضية المتوفى وإذا مات الوصى وأوصى إلى آخره فهو وصيه في تركته وتركته الميت الأول عندنا وقال الشافعى لا يكون وصياً في تركته الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره ولأن الوصى يتصرف بولاية منتزعة اليه في تلك الأيضاء إلى غيره كالجد الأيرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى في المال وإلى الجسد في النفس ثم الجسد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لأن الأيضاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركيب فينزل الثاني منزله فيهما ولا يسماعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثره المنية قبل تقيم مقصوده بنفسه وعو تلافى ما فرط منه صار راضياً بإيصاله إلى غيره بخلاف الوكيل لأن الموكل حتى يتمكن أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والأيضاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة) لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغروراً بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضاً فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً فصحقت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ماله في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديده ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير في المطالبة مجازاً لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهت تدبر تفهم (قوله ولا ينفذ في معنى المبادلة لاسماعتها عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضاً في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من

له أن يرجع على الورثة بثلاث ماله أيدهم والمرفق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً أما إذا كانوا كباراً فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمه لأن أنواع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصماً عنهم وقائماً مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصماً عنه وقائماً مقامه في نفوذ القسمه عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أى فيما باع المورث ويصير مغروراً بشراء المورث فإنه إذا اشترى جارية ثمناً ثم استولدها الوارث ثم استحققت الجارية فإنه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجح كالوابعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فإن المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره

(وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهذا المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجهه (٤٩٧) الجواب ما قال لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ

في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أقرزه للورثة في يده لأن الحفظ انما يتصور في ذلك أما الوسيلة اليهم فالوصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معاوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه (قال وإن كان الميت أوصى بحصة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يمتج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى العاود دفعها إلى الذي يمتج عنه فسرق في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرق ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا قال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرق ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد إذا سرق الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغروراً بشراء الوصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أقرزه عند الوصى كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الوصى له شريك الوارث في توى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الوصى له فضاع رجع الوصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وإن كان الميت أوصى بحصة فقاسم في الورثة فله ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف إن كان مستغراً للثلث لم يرجع بشئ وإلا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لأن القسمة حق الوصى ولو أقرز الوصى بنفسه ما لا يرجع عنه فله لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا إذا أقرزه وصيه الذي قام مقامه ولا ييوسف أن يحمل الوصية الثلث فيجب تنفيذاً ما بقي محلها وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولا يي حنيفة أن القسمة لا تراد إذا تهايل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما الجانبين وإذا كان أحدهما مقاضياً كان الآخر قاضياً البتة فيلزم أن يكون القضاء بضامن باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (وقوله غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أقرزه للورثة في يده لأن الحفظ انما يتصور في ذلك أما الوسيلة اليهم فالوصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية إلى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لأن مقتضى تحريره أن يثبت للوصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصى ما أقرزه للورثة إليهم على الإطلاق أي سواء كان ماسمهم إليهم باقياً في أيديهم أم هالكاً وليس المسئلة كذلك لافي النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم إن كان ما أعطاه الوصى للورثة باقياً في أيديهم لم كان للوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وإن كان هالكاً كان الوصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى إلى الورثة إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة إليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للوصى له أن يضمن الوصى شيئاً لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه إلى هذا أشار الامام المحبوبي إلى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الوصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة كان للوصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وإن هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الوصى له في يد الوصى أيضاً فاهلك في يد الورثة من حصة الوصى له فالوصى له بالخيار إن شاء ضمن الوصى وإن شاء ضمن الوارث انتهى (وقوله وإن كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة فله ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وإن كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة أي قاسم الوصى الورثة فله ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصى والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما ما اقتضى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح إذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فله ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدر كالحضاً كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فله ما في يده راجع إلى الوصى فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (وقوله وقال محمد لا يرجع بشئ لأن القسمة حق الوصى ولو أقرز الوصى بنفسه ما لا يرجع عنه فله لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك إذا أقرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لأن الوصى غير

(٦٣ - تكمله ثامن) (وقوله وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أقرزه للورثة في يده) أقول لا يقال هذا بخلاف لما ذكره سابقاً من قوله فأعطى الورثة حقهم لأنه يندفع بآدنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحجوب أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكل أو يوزن لأن القسمة فيه تميز لا مباداة حتى ينفراد أحد الشريرين من غير قضاء ولا رضاً ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما دام عليه من الثمن فأما فيما لا يكل ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مباداة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعلها إشارة إلى ذلك فانهما يوزن وت قوله (وإذا باع الوصي عبداً من التركة) ذكره تشرق بيته أو بين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد ماله حقاً في استبعاء العبد وبعد البيع لا يبق فكان في البيع إبطال حق

(٤٩٨)

إذا ذلك قبل القسمة فمخرج ثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة أذلاً قابض له فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كنهلاً كنهلاً قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها للورثة إلى الشاذي فقصه هو الموصى له غائب فقصته جائزة) لأن الوصية صحيحة ولهذا الوصية الموصى له قبل القبول نصير الوصية ميراثاً للورثة والشاذي نصب ناظر الاسم إلى حق المولى والغيب ومن النظر أفرار نصب الغائب وقبضه فنقد ذات وضح حتى لو حضر الغائب وقد خلت المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصي قائم مقام الموصى ولو تولى حياته بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا أتوا له من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالنسبة والبيع لا يبطل بالمالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المدين لأن الغرماء حق الاستعساء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضى ببذل الثمن لا ليس له المبيع ولم يسل فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كل كسل وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم يرجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها وحمل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضى أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في الزامها القاضى تعطيل القضاء إذا يتحاشى عن تقلده هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كل رسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استعساء العبد انما حقه في استبقاء الدين من الثمن فلا يمكن البيع مبطلاً حق الغريم بل يكون محققاً لأن حقه في الدراهم أو الذنائب لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حياته بنفسه) يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني إذا باع بثمن قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أى لا يعمل آخر يكون للورثة لأن باستحقاق العبدتين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للموصى ولا للورثة وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية

ملزم بشئ أذله الرجوع عن الوصية رأساً فلا يلزم من عدم لزوم شئ له إذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشئ فإن الموصى وإن لم يكن ملزماً بشئ في حال حياته إلا أنه ملزم وصيته بعد مماته فتتخذ من ثلث تركته البتة والمراد عما ذكر في دليل محمد هو أن الموصى لو أفرز بنفسه ما لا يبيع عنه فذلك ذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل ما لا يبيع عنه فسرقة المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

تتخذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أى بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبداً للغرماء الخ

(قال المصنف لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقات حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقات الأداء كذا في كشف البرزوى وذكر في المغرب وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مقول ومعتاد أدرك فيه من أدرك فإصلاحه عليه

وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاق لم يرجع بشئ) أي لاعلى الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المتني أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاداهم فلم يفرغ من بيعهم وأن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والعقير تباع له (وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا قوله (واذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في المسألة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بينه وبين مالو باع الوصي مال اليتيم عن قيمته من (٤٩٩) أجني فانه جائز على ما يجبيء والفرق أن البيع معارضة

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاق لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجوع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصة لا تنقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملا اذا الولاية نظرية وان كان الأول أملا لا يجوز لان فيه تضيق مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه ولا عبايته غايبا للناس في مثله) لانه لا تنظر في الغيب الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن الحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابيه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغيب الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجرح بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا لقيده بوضع النظر وعندهما لا يعلم كونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أحله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك جهلا على الكذب ثم قيل يكتب اشتري من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار) لان الاب يبيع ما سواه ولا يبيع فكذا وصية فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصى شيء في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجرح) قال صاحب العناية في حل هذا التعميل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجرح فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الجرح بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارداذلا شك أن المدعى كان عاما للصبي المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الجرح يصلح أن يكون تعليلا في حقهما أيضا أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فك الجرح الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن في حق العبد المأذون فك الجرح الثابت له بسبب برقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا أنه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لاحالة فان أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الجرح واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار

ونفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بمائة وعشر فصار عندنا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغيب الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجرح فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود ولني تهمسة شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا أصغارا جاز الوصي أن يبيع من تركه الميت

(قوله لان الاذن فك الجرح) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا أحاديثين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز الوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاقه الامن عن العقار او يكون للصغير حاجة للميت العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالقيمة لانهم اذا كانوا حاضرا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو وصي بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم يتقدوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا وبقدر الدين ان لم يحيط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتتقد الوصية بقدر الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز ببقدرها بالاجماع وفي الزيادة خلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يبيع ما سواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور وحكم المسئلة اذ لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكن قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قال في منح بيع الزيادة ان جوازها للساجدة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية هي ناسب الوصاية وهي لا تجزأ شيئا ثبت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الباقي ولان في بيع البعض اضرازا لتعيب الباقي (٥٠٠) فكان في بيع الكل بوقير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسننا لما به حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فخص بنفسه قال (ولا يتجبر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذلك وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركه هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذلك وصيهم في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يبيع ما سواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التفصى عن التناقض ليس بتمام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السابق والاسياق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصى عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بأن الوصي يملكه على الكبير بالولاية

الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن التجار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فالوصي يبيع المنقول بالاجماع وبيع حصص الصغار من العقار وأما بيع حصص الكبار منه فله في الخلاف الذي

مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حاضرا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصص الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصص الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجبر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركه هؤلاء) يعني الاخ والام والعم واتما قيد بتركه هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما تركه الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير يبيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياته لا يملك يبيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالى عنه وكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها يبيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذ لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل يبيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المشار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كالا ولاية للام على الصغير في المال فكذلك الولاية للاخ والعم عليه

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يبيع ما سواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافق قوله ولا يلبس

قال (والوصي أحق بعمل الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه وإنما أن بالايضاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معني فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجديد على أن تصرفه أنظر لبنية من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصى الأب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهم فالشهادة باطلة) لأنهم مامتهم في الإثباتهم ما معينا لأنفسهم قال (الأن يدعيهم المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بيناه من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداءً أو ضم آخر اليهم ما برضاه بدون شهادتهم ما فيسقط بشهادتهم ما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقة فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ولا الأب كالأب على الكبرير الحاضر لأنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحساناً فيما يتسارع إليه الفساد لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذلك وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط لأننا لم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

فصل الشهادة في الوصية قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى أثره صاحب العناية فقال عنه أقول ليس ذلك بسديد لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فتختص بمقاطعها فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وإنما أخذ ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداءً أو ضم آخر اليهم ما برضاه بدون شهادتهم ما فيسقط بشهادتهم ما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال إلا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذلك ذكره الامام المحمدي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير إلى هنا لفظ النهاية واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤل والجواب منطوقه عندي أما السؤل فلا اتجاه له أصلاً فإن الوصيين الذين نصبهما الميت إذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم اليهما وصياً آخر بل لا ريب كما تقرري في أوائل باب الوصي وما يملكه وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضاً أن يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليهم ما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهم ما برضاه فعلى القاضي أن يجمعهم ما في ذلك انتهى ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين

وقوله (والوصي أحق بعمل الصغير من الجسد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ولنا أن بالايضاء تنتقل ولاية الأب إليه الخ

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال إلا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

وقوله (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرجل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما نصب ما نزل لتركه (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من ما الميت أوصيه شهدا) لانهم ما يطهران ولاية التصرف لانفسهم ما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في ما للميت لم يجزوان كان في غير ما للميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقاد ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في السركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقت التهمة

ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما انفقرا على عدم جوازه وهو الشهادة بالرصينة بجرة شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما انفقروا على جوازه وهو أن يشهدا الرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما الشاهدان بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره وأن يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما الشاهدان بألف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة لما ثبتت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع ومالم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلا) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يسأله آخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرجل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما نصب ما نزل لتركه (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من ما الميت أوصيه شهدا) لانهم ما يطهران ولاية التصرف لانفسهم ما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في ما للميت لم يجزوان كان في غير ما للميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقاد ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في السركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقت التهمة

مطابقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتمرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن شهادتهما اقرارا منتهما بوصى آخر معهما للميت واقرا ردهما حجة على أنفسهما فلا يتم كتمان من التصرف بعد ذلك بدونه فصارت حقه ما عتذله ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا نفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عاياه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قواهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يثبت فيه خلافا وان صدقهما وقال لا قبل الرصينة قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أي فانه لا يعمل رده وابطأه الى هنا فقط المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن نعمة وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ له تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينا أو أيضا القاضي يحتاج غملا الى نصب الرضى وهنا لا يحتاج اليه في رعم المحجب فأين هذا من ذلك وتجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليه أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وإيجابه لا في اسقاط شئ كؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله وتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالا ستحباب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليه أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملأ نص الوصى اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعالمها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرجل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما نصب ما نزل لتركه (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من ما الميت أوصيه شهدا) لانهم ما يطهران ولاية التصرف لانفسهم ما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في ما للميت لم يجزوان كان في غير ما للميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقاد ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في السركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقت التهمة

بـخلاف شهادتهما في غير التركة لا لقطع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الاخران للاولين بثلث
ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للأخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف
وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجهه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا
شركة ولهذا الوترع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا الواسط في أحدهما حقه من التركة بشاركه الاخر فيه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقق التهمة بخلاف حال حياة المدين لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجزائريته وشهد المشهود
اهما أن الميت أوصى للشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه
أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعده وشهد المشهود لهما أنه أوصى
للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة لشركة

وأما الوجه الاول فنقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك
أيضا فوجه القبول وهو
الذي ثبت عليه الامام محمد
ولم يطرأ أن الدين يجب في
الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا الوترع
أجنبي بقضاء دين أحدهما
ليس للأخر حق المشاركة
وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة لخراب الذمة
به ولهذا الواسط في أحدهما
حقه من التركة شاركه
الاخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحقق
التهمة بخلاف حال حياة
المدين لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا
تتحقق الشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسألة
شهادة الابنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في صورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا
جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتين مسألة
شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكيفية من غير ضرورة ولا يلحق ما فيه فالحق عندي أنه معطوف
على المحمور لا لمحالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لانه قطع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول اقابل أن يقول هذا التعليق يقتضي أن تجوز
شهادتهم ما لو ارث صغير أيضا في غير تركه الميت عند أبي حنيفة لجر يانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم
جواز شهادتهم ما لو ارث صغير بشئ من تركه الميت وغيرهما متفق عليه كما صرح في الكتاب آنفا فليتامس
في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت إلى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه
المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو
الشهادة بالوصية بخبر غشائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا
على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجزائريته وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عجمية عجمية والرابع
وهو المذكور في الكتاب آخرها وأن يشهدا لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة
أو بثلث المال ومبني ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع ولم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فنقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد
بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدهما ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم
جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عده وجهارا يعاد اخل في القسم الثاني لمحالة وان أراد بها الامثلة
فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجه واحد على أن
قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد
كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها اقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحب النهاية والكفاية وان ذهب أيضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما
لا ينافي كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال (واذا كان للولد فرج وذ كرفه وخنثى فان كان يبول من الذكركرفه

صاحب العناية فانهم ما قالوا فيه وحنث هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الأول تقبيل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية غير رجلين كالعبد ويشهد الموصي لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للشهود فيه فلا يمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية بجزء شائع كوصية بثلاث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلاث ماله لأن الشهادة مشبهة لشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى بتدبر تفهم ثم إن الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا بحيث قال وإذا شهد أربعة نفر شهد هؤلاء الذين شهدوا على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه في وجه تقبيل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثله ودليله وكما فصله شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آتى النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آتان فيه وقدم ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنى أولان الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالتأدي فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الأحكام ليس بخصوص من له آلة واحدة بل بعدم من له آلة واحدة ومن له آتان لا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصايا ما لا جارية بأسرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المقدمة كلها أو جلها فافهم معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آتان ليس بتمام إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الأول لبيان الفصول الثاني لأحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آتان لا في بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول وان صرح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بنا وبما فاعلم فاعلم معنى تخصيص الذم بوع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من دونادر الوجود انتهى أقول بوجه علمه أيضا ما ذكرناه أن نظام البحث الأول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادر الان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة إما آلة الرجل وإما آلة الأنثى واجتماع الآتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جديدا لقوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان موقوفاه على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وإن ندر وجوده في الإزمان

فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذ كر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار

كتاب الخنثى
فصل في بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من دونادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه الخنثى وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذ كر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فافهم وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال (قال وإذا كان الخنثى) قال القدوري إذا كان للولد فرج وذ كرفه وخنثى والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

و قوله (فقد دلالة على أنه
هو العضو الاصلى الحميم)
وجه الدلالة أن الله تعالى
خلق في الحيوان كل عضو
لمنفعة ومنفعة هاتين
الأتين عند الانفصال
من الأم ليست الاخرى
البول منها وما سوى
ذلك من المنافع يحدث بعد
ذلك فعرفنا أن المنفعة
الاصلية للآلة كونها مبالا
فاذا بال من أحدهما عرف
أن الآلة التي هي للفصل
في حقه هذه والاخر زيادة
خرق في البدن فكان بمنزلة
العيب والباقي ظاهراً
وحاصلاً ان ظهرت علامة
الرجل فهو رجل وان ظهرت
علامة الساع فهو امرأة وان
لم يظهر شيء أوتعارضت
العلامات فهو خنثى مشكل
وهذا يرفع ما يقال لاشكال
بعد البلوغ الا اذا ريد به
الغالب

فصل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر
الخنثى معرفة أحكام الخنثى
المشكل لان غير المشكل
أن يكون رجلاً أو امرأة
وحكم كل واحد منهما معلوم
ذكر في هذا الفصل أحكامه
فقال (الاصول في الخنثى
المشكل) ولم يقل المشككة
لانه لم يعلم تذكيره وتأنينه
والاصل هو الذكرك لان حواء
خلفت من ضلع آدم اعتبره

بسلام وان كان يقول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يوزن
فقال من حيث يقول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أى عضو كان فهو دلالة على
انه هو العضو الاصلى الصحيح والاخر بمنزلة السبب (وابالمنها فالحكم للاسبق) لان ذلك
دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلى (وان كان فى السبق على السواء فلامه تسبباً بالكثرة عند
أبي حنيفة وقالوا ينسب الى أكثرهما بولاً) لانه علامة قوّة ذلك العضو وكونه عضواً أصلياً ولان
إذا كثر حكم الكل في أصول الشرع فيسترجع بالكثرة وله أن كثره الخروج ليس يدل على القوة
لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل
بالاتساق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له حية أو وصل الى النساء فهو رجل)
وكذا اذا احتلم كاحتلم الرجل أو كان له ندى مستولان هذه من علامات الذكركان (ولو ظهر له
ندى كندى المرأة أو نزل له لبن في نديه أو حاض أو حبلى أو أمكن الرصد اليه من الفرج فهو
امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدهى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا
اذا تعارضت هذه المعالم
فصل في أحكامه قال رضى الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاولى
في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه
رجل فتفسد صلاته

نوع مغاير بينهما وهما لم يتقدم شيء فواجهه ذكر الفصل فلت كلامه في قوة أن يقال هذا
الكتاب فيه فصل لان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فأنما هو في وقوعه في
التفصيل لافي الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولأن أن
تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عرفت
السابقة بالفصل كما هو المأثور كان ذلك في قوة نفى الاول بدأياً وان لم يصرح به في العادة لكن
صرح به هنا إشارة في أول الوهلة الى أن هذا فصل آخر يذكّر بعينه وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه
فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولاً فلا فلان الفصل انما يذكّر لقطع شيء من
شيء آخر تقدم عليه لالقطع من شيء آخر مطلقاً وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله وهما لم يتقدم
شيء فواجهه ذكر الفصل فاستلزم انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن
الاولى انما يقتضى تحقق معنى الانفصال مطلقاً في الاول لا تحقق الانفصال عما تقدم في الاول أيضاً
كما لا يخفى والفصل انما يذكّر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانياً فلا لانه كيف
يحصل بالتسريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة الى أن هذا فصل آخر يذكّر بعينه وهو ما ذكره بقوله فصل
لا يقتضى ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزم أن يقتضى ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل
آخر أيضاً بعينه ولم يذكّر بعينه فصل آخر قطعاً وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلاً
واحداً ولا يذكرون بعينه فصلاً آخر أصلاً

فصل في أحكامه أى في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت
العلامات لان غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من
الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ
القدرى في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم
ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليق نوع خلل لان قوله ولا

اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى لأن المصنف وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلو هوهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخنثى اذا كان مرافقا فلا اعادة عليه وان أنفدها فان كان بالغاً فلا اعادة واجبة لانه ان كان ذكراً وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فتجب احتياطاً فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مرافقاً فلا اعادة مستحبة تخلفاً واعتقاداً وما اذا كان بالغاً فلا اعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من على عينه ويساره وخلفه ويحذاه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم وقوله (وأحب البنائ أن يصلي بقناع) يعني اذا كان مرافقاً وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعني اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فلا اعادة واجبة وقوله (لانه يباح لم لو كنه النظر اليه

(فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب البنائ أن يصلي بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان السرة على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجرأه (وتبتاع له أمة تختمه ان كان له مال) لانه يباح لم لو كنه النظر اليه

النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير يحرم المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلو هوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانه أن كون المفسد موهوم لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم أيضاً فالظاهر عندى ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح هنا عن اوهو أن قوله فأحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخنثى المشكل مرافقاً فان الاعادة مستحبة في حق من تخلقوا واعتادوا وأما اذا كان بالغاً فلا اعادة واجبة لانه ان كان ذكراً كان عليه الاعادة وان كان أنثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان السرة على النساء واجب ما أمكن أقول في هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتبهاء الحال من أبيين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر واشتبهاء الحال من أبيين الاعذار الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختمه ان كان له مال لانه يباح لم لو كنه النظر اليه رجلاً) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامه لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً لانه ذكر في استحباب المبسوط أن الامه أن تنظر الى مولاتها كالأجنبيات فلهذا لم يباح له أن لا تأثير للآل في اباحه النظر الى سيدتها والاولى في التعليل هنا ما ذكر في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية لخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان

رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظرا لأنه
مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها الى ما لها أن تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان أنثى
فانه نظر الجنس الى الجنس وهو أحق منه الى خلاف الجنس فليس للذكور تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلوزوجه
المولى امرأته يهرس برأغته عن شراء الجارية بثمن كثير يحصل ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمد لم يقل ذلك
لعدم التيقن بعمدة السكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان ثلثي أن كان امرأة فهذا انظر الجنس الى الجنس ولشكاح
لغيره وان كان ذلك كراهه ونظر المنكوحه الى زوجها (٥٠٧) (وقوله ويكرهه في حياته لبس

الحرير) قيل لا فائدة لقوله
في حياته فانه لا لبس بعد
المسوت وانما هو لباس
في مكان معناه مفهوما من
قوله لبس وهو مناقشة

سهلة لانه ليس كل ما يذكر
في السترا كيب يكون قيدا
للاخراج لجواز أن يكون
بعضها بيانا للواقع وانما
كره ذلك لان لبس الحرير
حرام على الرجال دون النساء
وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ
بالاحتياط فان الاجتناب
عن الحرام فرض والاقدام
على المباح مباح فيكره
اللبس حذرا عن الوقوع في
الحرام وقوله (وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام
النساء) يعني اذا كان
سراها قداما لا لا تنكشف
هو أن يكون في ازار واحد
لا بداء موضع العورة لان
ذلك لا يحل لغيره الا أنثى أيضا
وهذه المسئلة تدل على أن
نظر المرأة الى المرأة كتنظر
الرجل الى ذوات محارمه
لا كتنظر الرجل الى الرجل
لانه لو كان كتنظر الرجل الى الرجل

رجلا كان أو امرأة ويكره أن يخطئه رجل لانه عساه أنثى أو يخطئه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط
فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لانه أعدا نواب المسلمين (فاذا اختنته
بأعها وردت في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكرهه في حياته لبس الخلى والحرير) وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام النساء

الخنثى ذكره هذا انظر المملوكة الى ما لكها وان كان الخنثى أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح
حالة العذر فعلمهم هذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس الى
الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لأن يكون للذكور تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى
هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه
نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذوالأصاب المراد قرح أو جرح في موضع لا يحل
التنظر اليه تدويه المرأة وكذا انظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاداجاز انظر بانعذر فاقامة
السنة أيا عذر جاز لها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذ يشترط في جواز النظر بالعدو الى
موضع العورة من الامة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للذكور تأثير في اباحة نظر المملوكة
الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكة كنه النظر اليه رجلا كان أو امرأة يشعر
لا بحالة بناء تأثير المالك في اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قاله صاحب
النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم
صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكة كنه النظر الى ذكره ان كان رجلا
(قوله ويكرهه في حياته لبس الخلى والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة
فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد
ذاك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للباس لا للبيت وقد اذقني أثره صاحب الكفاية ومعراج
الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في الترا كيب
يكون قيد الاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشئ لان حاصل
دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه ههنا لانه فهم معناه بما ذكر فيما قبله
وما بعده ولا يذهب عليه أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذا كان
الواقع مبينا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الآن
المصنف تبع في ذلك لفظ المسوط وانما وقع في لفظ المسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر
تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحياة هنالك لتبيين المقابلة لا لتقيده انتهى (قوله وأن يتكشف قدام
الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن تنظر المرأة الى المرأة كتنظر الرجل

(قوله قيل فيه نظرا الى قوله فليس للذكور تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب
الكراهية في مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لانه يباح للمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة
اباحة النظر لسيدتها مطاقا وليست تدل بالضرورة فيندفع الاشكال بالكتابة (قوله يعني اذا كان سراها قداما لا لا تنكشف لان ذلك لا يحل
لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لا يوصف بالحلل والحرمه

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) أقوله صلى الله عليه وسلم ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فان نالته الشيطان وأمر في ذلك محتمل نظر إلى حاله وقوله (لا علم في لباسه) يعني لاشتبه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الخنث لا يثبت بالشك وقوله (ون قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لأنه ليس به حمل) يعني أنه في الواقع ليس بخنث عن أحد الخالين وقوله (لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه بقضية بقاء لاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلنظ ينبغي لأن حكمه غير مذكور فلم يتقن به) وقوله لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر إلى العورة حرام والحرم لم تنكشف بالموت

الآن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلا جمل الضرورة أبيع نظر الجنس عند الغسل والمراد في كالبالغ في وجوب ستر عورته فان كان مشكلا لم يعرفه جنس فتعذر غلبه فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيصير بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه يجم بالصعيد مع الخرقه ان يجم الاجنبي وبغيرها ان كان ذارحم محرم من الميت وينظر الميم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشتري حاربة للغسل كما كان يفعل للختان لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيه وقوله (وضع الرجل مما يلي الامام والخنثي خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) فوقياع احتمال المحرم (وان أحرم وقد رافق قال أبو يوسف لا علم في لباسه) لأنه ان كان ذكرا يكره له لبس الخيط وان كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لأن ترك لبس الخيط وهو امرأة أخش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يفح حتى يستبين أمر الخنثى) لأن الخنث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حرا وقال كل أمة لي حرة وله حمل أو خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا اعتق) للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس به حمل (وان قال الخنثي أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويجم بالصعيد لتعذر الغسل (ولا يحضرن كان مرأها غاسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكرا وأنثى (وان سجد قبره فهو أحب) لأنه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالسجدة لا تضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثي خلفه والمرأة خلف الخنثي فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنها امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر رجل الخنثي خلف الرجل) لاحتمال أنها امرأة

إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز الخنثي التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخنثي أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كانقله صاحب الغاية أقول لبس هذا تمام عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كانص عليه المصنف في كتاب الكراهية بصح الحكم على الخنثي المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثي من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لأنه انما

عليه وسلم ليليني منكم أولوا الاحلام والنهي (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر رجل الخنثي خلف الرجل) يعني يقدم (ويجعل الرجل إلى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقرب إليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم (قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا إلى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أولم يعلم الاشكال (قال المصنف لأنه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاي وفيه نظر لأنه انما لا تكون مشكلا اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكرا أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد ان لم يعلم كونه مشكلا كما أشرفنا إليه فافهم

أخذنا آية رآن جانب القبله (ويجعل بينهم ما حاجز من صعيد) ليسير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير عشرة المرات) لنعش شبه الخنفة مشتبكاً يطبق على المرأة اذا وضعت على الجأزة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث) فلا يترك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضارة كما في حال الحياة وان لم يترك بأس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة قولاً لسهلة دان السنن في كتبها خمسة أبواب (قال ولومات أبوه وخلف ابنه) اعلم أن الشيخ بالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادى وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تفسير قول الشعبي في عدم فسر على وجهه ولم يأخذه وأبو يوسف فسر على وجهه ولم يأخذه وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ثم يرجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفصيل محمد بأن يجعل على اثني عشر وأخذه وكان قول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة ومحمد فقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات أبو النخعي وترك ابناً فالمال بينهم ما أثلاثاً عند أبي حنيفة وللأبن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك أى غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض (٩٠ ٥) فحينئذ يعتبر ذكر أو قالا للخنثى نصف ميراث

ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والنورى وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهم ما على اثني عشر سهماً للأبن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهم ما على سبعة للأبن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة ارباع نصيب ابن فيضرب

(ويجعل بينهم ما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير عشرة المرات) فهو أحب الى (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الى) يعني يكفن في خمسة أبواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولومات أبوه وخلف ابنه) فالمال بينهم ما عند أبي حنيفة أثلاثاً للأبن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك (وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهم ما على اثني عشر سهماً للأبن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهم ما على سبعة للأبن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع بقسم بينهم ما على قدر حقيق ما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهم ما نصفين وان كان أنثى يكون المال بينهم ما أثلاثاً فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث وأقل ذلك ستة وفي حال يكون المال بينهم ما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان والأبن أربعة وسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد في نصف فيكون له سهمان ونصف فأنكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللأبن سبعة ولا يبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلاً اذا ظهرت قيمة إحدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلاً وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلاً اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلاً عن الحاكم الشهيد وبذل عليه أيضاً قول المصنف في

مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة فالخنثى ثلاثة والأبن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً كان المال بينهم ما نصفين وان كان أنثى أثلاثاً فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهم ما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثاً نسهمان للخنثى وأربعة للأبن فيسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللأبن سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقايل نصيبه وما ذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهم ما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم تضرب حصه من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصه الخنثى منه ثلاثة فاضرب به في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب خمسة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة والخنثى منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام جليل الدين (ولا يبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شيء منهما يعملوم واثبات المال ابتداءً يوجب سبب تحقيق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن

(والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به) فوجبناه كما إذا كانت اثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالتيقن بدون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد فإن من قال بالان على دراهم يتحكم له بأنه حق بقوم الدليل على الزائد لتكون الأقل متيقنا بدون الزيادة لا يقال سبب استحقاق ميراث غير المرأة وهي ثابتة يتيقن في الخشحي وأجبه في التسمية بقاء فلا يمنع الرجوع لأننا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وإنما هو في استحقاق المقدار وسببه المذكورة والأزمنة ولا نثبت منها ما يتيقن به فيما نحن فيه وقوله (الأن يصيبه) أقل لو قدرناه ذكرنا استثناءه من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به يعني أوجبنا الخشحي ميراث الأنثى المتيقن وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الخشحي لأن المال ابتداء لا يجب بالثبوت لأن أقل من نصيب الأنثى لا قدرنا ذلك الخشحي يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لتكرره متيقنا به وهو أن يكون (٥١٠) زوا وأما واختلاف وأم هي خشي فإن قدرنا الخشحي أنى كان الزوج النصف

والمسئلة من ستة ونقول إلى ثمانية وإن قدرناه ذكرنا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثالث الأم وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرنا وإذا ترك امرأة وأخوين لام وأختا لاب وأم هي خشي للمرأة الربع ولبنى الأخياف الثلث فإن قدرنا الخشحي أنثى ترث النصف تكون المسئلة من اثني عشر ونقول إلى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وإن قدرناه ذكرنا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرنا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وأم وخشي لاب كان للزوج النصف وللأخت لاب وأم النصف وللأم الخشحي وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأنبئنا المتيقن بقصر عليه لأن المال لا يجب بالثبوت وصار كما إذا كان الثلث في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالتيقن كذا هذا لأن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرنا خشي يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لتكرره متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما واختلاف وأم هي خشي وأخوين لام واختا لاب وأم هي خشي فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخشحي وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخشحي لأنه أقل النصيبين فيما

تعليل ذلك لأنه دعوى يخالف قضية الدليل فإن مخالفة دعواه قضية الدليل انما تبين صور فيما إذا كان قد علم أنه مشكل فإذا كان معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلا إذا كان قد علم أنه مشكل يكون معنى قوله هنا وإن لم يكن مشكلا وإن لم يعلم أنه مشكل لأنه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا إذا لا يلزم من أن لا يعلم أنه مشكل أن يعلم أنه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكرنا أنثى فلا حاجة إلى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بأن لا يعلم ظهور إحدى العلامات ولا عدم ظهورها فحينئذ يتحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ومحل التعديل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يتي عليه نظره كيف أورد النظر على التعديل دون نفس المسئلة وهي أحق بوردة علمها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لأنه انما لا يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكرنا أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فامعنى قول المصنف وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرنا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به يعني أوجبنا الخشحي ميراث الأنثى للتيقن وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالثبوت إلا أن يصيب الخشحي أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكرنا خشي يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لتكرره متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لأن تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا الخشحي ميراث الأنثى للتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكرنا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصر عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به تدبر

مذهب عامة الصحابة فإن قيل إذا كان الخشحي ممن يتوهم استثناء أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار إلى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يبين غير ذلك يشير إلى أن التلخيص في تلك المسئلة تدفع إلى الابن والثلث إلى الخشحي وعلى ذلك أكثرهم لأن سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وإنما ينتقص من ذلك المراجعة حق الغير وحيث جعلنا الخشحي أنثى مازجه إلا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحق له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيل في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لأن المراد المتيقن بالمعهود وهو ميراث الأنثى وإنما قلنا ينبغي أن يكون الخ لأنه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه ههنا عندهم جميعا وانما يجوز ان يحوز انما خفيته هناك للجهول وهذا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طاريق مستقيم بصونه القاضى
قضاءه ويتطرق لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخفى فبما أخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخفى ذكر استرد ذلك من أخيه وان
نفس أنه أنشأ فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخفى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى أن يتبين أمره
لأن المستحق لهذا السدس منهم مجهول فموقوف الى أن يتبين (٥١١) المستحق كافي الحجل والمفقود والله أعلم

مسائل شتى

قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقبل له أن يشهد عليك بما فى هذا الكتاب أو ما برأسه أى
نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه) وقال
الشافعى يجوز فى الوجهين لأن المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى والعارضى
كالوحدى والمتوحش من الاهلى فى حق الذكاة والفرق لا صاحبنا رجعهم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات
معلومة فالواحد بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس
فلا تفريط منه ولان العارضى على شرف الزوال دون الاصلى فلا ينقاسان وفى الآدعة عرفناه
بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعناقه
وبيعه وشراؤه وبقيص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلا نأى بمنزلة الخطاب من
دنا ألا ترى أن النبى عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز
فى حق الغائب العجز وهو فى حق الاخرس أظهر وأزهر

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب ما شئذ كره فى الابواب السالفة من المسائل
استدرا كالغائبات ويترجون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منشورة فعمل
المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقبل له أن يشهد
عليك بما فى الكتاب أو ما برأسه أى نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال
اشرح وانما يفيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيب عن الاخرس ومعتقل اللسان على
نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والناسى ما يكون ذلك
منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه فى نعم انتهى أقول فيه نظر لانه
لما فسر الایماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله أى نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق
حاجة فى تقرير رجوعها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار بل كان يكفى قوله فهو جائز كما لا يخفى
(قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه) أقول
لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضى أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير
الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا هذا باعتزله الاخرس فى الحكم كما صرح به المصنف فيما
قبل أن فاول صاحب الكافى تفتن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلا نأى
نأى بمنزلة الخطاب من دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر
مسائل شتى أو مسائل
منشورة أو مسائل متفرقة
من دأب المصنفين استدراك
ما لم يذكر فيما كان يحق
ذكره فيه قوله (فاذا جاء
من ذلك ما يعرف أنه اقرار)
بشير الى أن ما يجيب عن
الاخرس ومعتقل اللسان
على نوعين أحدهما ما يكون
ذلك منه دلالة الانكار
مثل أن يحرك رأسه عرضا
والناسى ما يكون منه دلالة
الاقرار بأن يحرك رأسه
طولا اذا كان منه معهودا
فى نعم وقوله (ولا يجوز ذلك
فى الذى يعتقل لسانه) على بناء
المفعول يقال اعتقل لسانه
بضم التاء اذا حبس عن
الكلام ولم يقدر عليه وقوله
(حتى لو امتد) أراد به سنة
كذا ذكره التمرثاشى وروى
عن أبى حنيفة أنه قال ان
دامت العقلة الى وقت موته
يجوز اقراره بالاشارة ويجوز
الشهاد عليه بأنه عجز عن
النطق بمعنى لا يرجع زواله
فكان كالآخرس قالوا وعليه

الفتوى وقوله (فى الآدعة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات نذفر ما به رجل وسمى فقته فقال
عليه السلام ان لها أو ابد كأ وابد الوحش فاذا فعلت شئ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كواه وقوله (ولا يحد) أى الاخرس اذا قذف
بالاشارة أو الكتابة ولا يحد له اذا كان مقذوبا وقوله (وهو) أى العجز (فى حق الاخرس أظهر منه فى حق الغائب) لان الظاهر
من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خروجه فلما قبل الكتاب فى حق الغائب فى ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور
فلا يقبل فى حق الاخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فسوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

ولعله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والمساخر على ما ذكرنا
ثلاث مراتب مستبين) احترز عن غير المستبين وهو الكتاب على الله - واه
واما مرسوم أي معنون أي
مصدر بالعنوان وهو أن
يكتب في صدره من فلان
إلى فلان وبما ذكرنا - لم
الاقسام الثلاثة والحكم
في كل منها ما ذكره وقوله
(وينتوي فيه) أي يطلب
منه النية فيه وقوله (لأنه
بمنزلة مرسوم الكتاب) أي
الكتابة القولية كقوله
أنت بائز وأمثاله وقوله
(ولا تختص بلفظ دون لفظ)
فانه كما ثبت بالعربي ثبت
بغيره (وقد ثبت بغير
لفظ) أي بفعل يدل
على القول كالتعاطي
وقوله (ويحتمل أن يكون
الجواب هنا كذلك) أي
لا يكون حجة (فيكون فيهما)
أي في الاخرس والغائب
الغير الاخرس روايتان
(قال المصنف ثم الفرق
بين الحدود والقصاص الى
قوله لان القصاص فيه معنى
العوضي لانه شرع جارا
بخاز أن يثبت مع الشبهة
كسائر المعاوضات) أقول
وقد صرح في أوائل
الحنائيات أن الشبهة
تؤثر في سقوط
القصاص
تم

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والمساخر على ما ذكرنا
ومستبين غير مرسوم كالتكليف على الجدار وأوراق الشجر وينتوي فيه لانه بمنزلة مرسوم الكتاب ولا
يد من النية وغير مستبين كالتكليف على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مرسوم فلا يثبت به الحكم
وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانهم من حقوق العباد
ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود
لانهم احق بالله تعالى ولا يمتدري بالشبهات ولعله كان مصداقا لاذن فلا يمتد للشبهة ولا يمتد أيضا
بالإشارة في القذف لانعدام القذف من محاربه الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت
بين فيه شبهة لا ترى أنهم لو نهوا بالخطأ الحرام أو أقر بالخطأ الحرام لا يجب الحد ولو نهوا بالقتل
المطلق أو أقر بقتل القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعبد وهذا لان القصاص فيه معنى
العوضي لانه شرع جارا بخاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضي فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكروا
في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب
هنا كذلك فيكون فيه ما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعي أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود وهذا
الدليل المدكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود إذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على
كونها حجة في الحد وأيضاً اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاظر
على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضاً لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة
في الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها أيضاً فليتم في المخلص (قوله وأما الإشارة فجعلت حجة في حق
الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانهم من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه
الاحكام انطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وعموم من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفروج وهو
حق الله تعالى وله عدم التشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كالم تشترط في الشهادة على عتق
الامة أيضاً لانها انفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطمة وصر في الكتاب أيضاً في باب عتق أحد العبدین
من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضاً التعلق
حق الزوجين به بخاز أن يكون مدار قول المصنف لانهم من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد حجة في حق
العبد في شيء لا يكتفي في كون إشارة الاخرس حجة فيه ألا يرى أن اشارته لا تكون حجة في حق حد القذف
مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة
من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالتقصاص
لما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه
وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة
عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقدوف بشرط
في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفا المقدوف ولا يجوز
الاعتياض عنه ولا يجرى الارث فيه عندنا كما مر في الحد ودفعنا ذلك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت
الطلاق لو كان حق العبد فيه فالجواب على حق الله تعالى تفكير (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى
العوضي لانه شرع جارا بخاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضي فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه
بحث أما أولاً فلان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة يخالف ما صرح به فيما مر

ويحتمل أن يكون مفارقة لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الآخر لتعذر الوصول إلى النطق إلا بآلة المساعدة ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادر على الكتابة بخلاف ما هو عليه بعض أصحابنا رجحهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية ولا ضرورة لأنه جمع ههنا بينهم ما فاقل أشار أو كتب وإنما استويا بالان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذي صحت يوماً أو يومين لعارض) لما بيننا في المعقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لأن مبنى السك على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه ولا تجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا ما يفتاها واستيفائها في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنهم اتدري بالشبهات وشبهة العفو نابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصاً على غيره فجدد استخلف بالاجماع ثم إن نكل عن اليمين فمادون النفس بلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الأرض فيه ما لأن النكول أقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً مؤثراً في سقوط القصاص ووفرع عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب وأما ثانياً فلا نقيس الخاصة في قوله أما الحدود والخاصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل محل هنا فإن حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حد حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون إشارة الآخر حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر آنفاً فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادر على الكتابة إلى قوله لأنه جمع ههنا بينهم ما فاقل أشار أو كتب) قال صاحب الغاية ولنساقى دعوى الجمع بينهم ما نظر لأنه قال في الجامع الصغير وإذا كان الآخر يكتب أو يوبى وكلمة أو لا حد الشيشين لا للجمع على أنا نقول قال في الأصل وإن كان الآخر لا يكتب وكانت له إشارة تعرف في ذلك كاحده وطا لاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فاعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الآخر لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الآخر بشرط أن يكتب فافهم إلى هنا لفظه أقول نظره ساقط جداً إذ ليس هو أدا المصنف بالجمع بينهم ما للجمع بينهم في كل مادة من مواد أعلام الآخر بل هو أدا الجمع بينهم ما في جوار أعلام الآخر من أدا بأى واحد منهم ما ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لا أحد الاخرين بلا تعيين فاذا أتى الآخر بأى واحد منهم على انفراده يتحقق الاثبات بأحد الاخرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أى يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علوته التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشئ أيضاً لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الآخر ومعنى قوله لأنه جمع ههنا بينهم ما أنه جمع في الجامع الصغير بينهم ما كما صرح به السارح المذكور حيث قال

وقوله (لأنه) أى الإشارة على تأويل المذكور وقوله (لأنه) أى محمداً (جمع هنا) أى في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتاباً أو يوبى إيماء وقوله (وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة) لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الإشارة فإن فيها نوع إبهام (وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لأنه) أى الإشارة (أقرب إلى النطق من آثار الأقلام) لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم بالحاصل بالإشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو إشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذي صحت يوماً أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه أى لا يجوز إقراره بأن أو ما برأسه أى نعم أو كتب

قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك لأن الميتة الميتة تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتل أن تكون ذكبة أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكبة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لأن التحرى دليل ضروري فلا يصر اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار وإنما أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفاضة الأباة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تتخاوع من المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لأنه جمع هنا بين ما أى جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينافي إشارة مسألة الأصل إلى أن إشارة الآخر لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الأمر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فإن قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الأصل فإمعن في نسبة التوهم إليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أى في رواية ما أولئك أن تقول يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل (قوله وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذنا من النهاية طوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصل في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جاوز التحرى هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصل في بعضها ثم لا يبعد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصل فيه ولا يصل عريانا بالاجتماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الأول فلأن تجوز التحرى فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرابان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجوزة فيما إذا كانت الميتة والذكبة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا توجه للمعالية بالفرق بين المسئلةين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالي الاختيار والاضطرار قطعها وأما الثاني فلأن ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كونها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذا كان انما هو في حالة الاضطراب كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيه أو كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت في أن يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلةين

وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) طاهر وطوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصل في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جاوز التحرى هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصل في بعضها ثم لا يبعد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصل فيه ولا يصل عريانا بالاجتماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الأول فلأن تجوز التحرى فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرابان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجوزة فيما إذا كانت الميتة والذكبة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا توجه للمعالية بالفرق بين المسئلةين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالي الاختيار والاضطرار قطعها وأما الثاني فلأن ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كونها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذا كان انما هو في حالة الاضطراب كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيه أو كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت في أن يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلةين

لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه

فستطاعت باردة فمما تخرج كقليل التماسه وقليل

الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نسين

أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة

فيه والله أعلم بالصواب واليه

الرجوع والمآب

تم

كأها نجسة كان له أن يصلي
في بعضها ثم لا يعيد صلاته
لانه مخطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه من الغنم
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الاثوب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عربا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيه وهو
نجس يقيم فلا أن يجوز
بالتحري حالة الاشتباه
أولى والله سبحانه
وتعالى
أعلم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تبسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهدايه

الفتحه مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته

نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلثة آلاف من

التصرفات التي لم يسبق في اليها أحد من النقات ذلك فضل الله يؤتيه

من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتينا في الدنيا حسنة

وفي الآخرة حسنة وقننا عذاب النار ربنا فاغفر

لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا

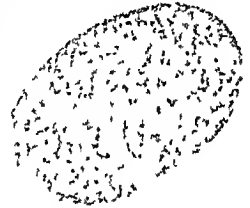
وتوفنا مع الأبرار وصلى الله

على سيدنا محمد وعلى

آله وصحبه

والانصار

تم



يقول المتوسل بحجاء المصطفى الفقير إلى الله تعالى محمود مصطفى خادم
التعجيل بدار الطباعة العاصره ببولاق مصر القاهرة

الحمد لله الذي فقه في دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا وخطه بعين العناية وأجل له من
فضله مشوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح
الطرائق سيدنا محمد الذي فتح له القدير من المدن والقرى والبوادي كل عسير وعلى آله
وأصحابه الباذلين مهجهم في نصرته المتسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين
الذين أسسوا الدين وأصلوا أوقاعه وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده (أما بعد) فقد تم طبع
الكتاب الجليلة الشأن الواضحة المنار المشيدة الأركان الجامعة غرر الأحكام الشرعية
والمباحث الدينية الفقهية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله وجعل
مقلبه فسيح الجنان وهي الهداية وشروحها التي تسر بتحقيقها ذوى الالباب وتسلك
بقارئها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه
وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيه جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى
المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه الناجرين في الكتب العربية بمصر القاهرة المعززة
لازالا ظافرين بالاماني راقلين في حلل التاني في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد
الطلعة المهيبة البهية من أفاض على رعيته غيث الانعام وشماهم بنظر الرأفة والاكرام
المحفوظ بالسبع الثاني آفة دينا عباس باشا حلي الثاني لازال مسرورا القوادى بولى عهده شمس
سماء مجده وسعده ملحوظا هذا الطبع الباهي والروثق الجيسل الزاهي بنظر
من عليه جيل أخلاقه يثنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان
تمام طبعه وانجلاء بده وكال ينعه بالمطبعة العاصره ببولاق
الطار صيتهما في سائر الأفاق في أوائل شهر رمضان من عام
ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله
على أكمل وصف عليه أفضل الصلاة
وآتم السلام ملاح بدر تمام وفاح
مسك ختام
تم

وقرطه مؤرخا تمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الارب
الشيخ طه محمود أحد فضلاء المعجبين فقال

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي خص بمزيد العناية من فقههم في الدين وجعل بأيديهم
فتح أبواب الهداية للمستفتحين المستمدين والصلاة والسلام على أبي ابراهيم المبعوث به آية
ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم
وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم في حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا
العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذي هو أحق مطبوع بأن تشد إليه

من مجموع تنتهي بتحصيله الآمال وكيف لا وما رأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه
كرم بدجموعا مفردا وكتما جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعقول عليها
موج إليها في مذهب هذا الإمام العظيم أبي حنيفة النعمان بؤاء الله دار النعيم
بن ملء الخزائن وشحن السفائن وما يكون للفتى ضياء إذا أشكلت المسائل
إذا أعضلت النوازل

فندع كل صوت دون صوتي فأنى * أنا الصالح المحكي والآثر الصدى
نية المقصوده والضالة المنشوده التي طامعت على الطلاب وكانت أبعد من
الآل باب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول
نقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغياهب فليس قاصر المزيه على
بل يجد فيه غير الحنفية مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجملة فهو المطبوع
النعمة وكان أعذل شاهد لمن سعى في طبعه بعلموا الهمة وصدق القصد في نفع الامه
بحام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت
وتجارتهم ماراجحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظه مؤرخا فقال

للحق أنصار أقاموا قاعده دين النبي بهم رفيع القاعده
جمعوا كتاب الله نصب عيونهم وقفوا مصادر هديه وموارده
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم أعزاهم للشرع أعظم فائده
أطوا الشريعة بالبراهين التي أضحت بهار ميج الضلالة را كده
لا تنزير بروج أحكام الهوى فرواجها عند العقول الكاسده
أثرى النبي أتى بشرع نافص والله أكمله بنص المائده
فاسلم بدينك وارض بالحكم الذي شرع الاله ولا تمار معانده
أرأيت مثل الشافعي ومالك وأبي حنيفة والسراة الماجده
علا واخلاصا وبذل نصيحة للدار تبقي لالدار بائده
وقفوا حياتهم على إحيائهم للناس أعلام الهدى ومعاهده
صلح الزمان بهم فكافوا ملحه ومضوا في للعيش يصلح فاسده
تالله ما ماتوا وذى آثارهم ضمنت لهم طيب الحياة الخالده
أوليس من آثارهم فتح به نلت الهداية بعد اذهى آبه
إن الهداية لهم خير مؤلف في الفقه لينت الصلاب الجامده
وشروحه اشرفت صدور أولى النهى لاسيما الفتح الجزيل العائده
فاشكري يا جميل طبع ساعدت ما كل كف بالجميل مساعده
واحد إليك أن هذا مؤرخا فتح القدير به الهداية زائده

٤٧ ٤٥١ ٧ ٣٤٥ ٤٨٨

س ١٣١٨ هـ

كتبه الفقير اليه سبحانه
طه محمود بالطبعة
الاميريه

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

صفحة	كتاب القسمة	صفحة
٢٢٠	٢	٢٢٠
باب الرهن يوضع على يد العدل	فصل فيما يقسم وما لا يقسم	٢٢٤
٢٢٤	١٠	باب التصرف في الرهن والجناية عليه الخ
٢٣٨	١٤	فصل ومن رهن عصيرا الخ
٢٤٤	٢٠	كتاب الجنايات
٢٥٤	٢٣	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب
٢٦٨	٢٧	فصل ومن شمر على المسلمين سبيفا فعليهم
أن يقتلوه	٣٢	٢٧٠
٢٧٠	٤٥	باب القصاص فيما دون النفس
٢٨٢	٥٠	فصل في حكم الفعلين
٢٩٢	٥٠	باب الشهادة في القتل
٢٩٧	٦١	باب في اعتبار حالة القتل
٣٠٠	٦٥	كتاب الديات
٣٠٧	٧٩	فصل فيما دون النفس
٣١١	٨٠	فصل في الشجاج
٣١٥	٩١	فصل في الاطراف دون الرأس
٣٢٤	٩٧	فصل في الجنين
٣٣٠	١١٠	باب ما يحدث الرجل في الطريق
٣٤١	١٢٢	فصل في الحائض المائل
٣٤٤	١٣٠	باب جنابة البهيمة والجناية عليها
٣٥٥	١٣٥	باب جنابة المملوك والجناية عليه
٣٦٨	١٤٤	فصل في الجنابة على العبد
٣٧٦	١٤٦	فصل في جنابة المدبر وأم الولد
٣٧٨	١٥١	باب غضب العبد والمدبر والصبي والجناية
في ذلك	١٦٧	باب القسامة
٣٨٣	١٦٩	كتاب المعاقل
٤٠٢	١٧١	كتاب الوصايا
٤١٥	١٨١	باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما
٤١٧	١٨٨	يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
باب الوصية بثلاث المال	٢٠٣	باب ما يجوز ارتكابه والارتكاب به الخ
٤٤١	٢١٦	فصل ومن رهن عبدا بالف الخ
٤٦٠		

صحيحة	صحيحة
باب الوصى وما يملكه ٤٨٩	باب العتق في مرض الموت ٤٦١
فصل في الشهادة ٥٠١	فصل ومن أوصى بوصايا بالخ ٤٦٧
كتاب الخنثى ٥٠٤	باب الوصية للأقارب وغيرهم ٤٧١
فصل في بيان ٥٠٥	باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة ٤٨٠
فصل في أحكامه ٥٠٥	باب وصية الذمي ٤٨٥
مسائل ثني ٥١١	

تمت